Deutscher Bundestag **Drucksache 15/1853**

15. Wahlperiode 29. 10. 2003

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze

A. Problem und Ziel

Die Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43) ist Teil eines umfassenden Rechtsrahmens, mit dem der europäische Finanzplatz gestärkt werden soll. Die Richtlinie soll zu einer weiteren Integration und höheren Kostenwirksamkeit des Finanzmarkts sowie zur Stabilität des Finanzsystems in der Gemeinschaft beitragen und dadurch den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr im Finanzbinnenmarkt fördern. Die Richtlinie will dieses Ziel durch eine gemeinschaftsweite Regelung für die Bereitstellung von Wertpapieren und Barguthaben als Sicherheit verwirklichen. Die Richtlinie sieht hierzu insbesondere vor, dass die Finanzsicherheiten von bestimmten Vorschriften des Insolvenzrechts ausgenommen werden, wobei insbesondere solche Vorschriften angesprochen werden, die der effektiven Verwertung einer Sicherheit im Wege stehen oder Netting-Vereinbarungen behindern.

Die Richtlinie ist bis zum 27. Dezember 2003 umzusetzen.

Die Sicherheit der Pfandbriefgläubiger einer Hypothekenbank soll durch detailliertere Regelungen über die Verwaltung der Deckungsmasse im Fall der Insolvenz einer Hypothekenbank erhöht werden.

B. Lösung

Mit dem Gesetzentwurf werden zur Umsetzung der Richtlinie über Finanzsicherheiten insbesondere ergänzende Bestimmungen in der Insolvenzordnung, in den pfandrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und im Kreditwesengesetz vorgesehen. Im Bereich der Insolvenzordnung wird etwa vorgesehen, dass die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht die Verwertung von Finanzsicherheiten berührt. Einschränkungen der Aufrechnung sollen nicht bei der Verwertung von Finanzsicherheiten gelten und die Anfechtbarkeit kongruenter Rechtshandlungen wird begrenzt. Bei den Pfandrechtsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird für die Finanzsicherheiten der freihändige Verkauf erleichtert und die Verwertung im Wege der Aneignung zugelassen.

Weiterhin werden ergänzende Bestimmungen über die Abwicklung der Deckungsmasse im Fall der Insolvenz einer Hypothekenbank vorgesehen. Die Verwaltung der Deckungsmasse obliegt einem gerichtlich bestellten Sachwalter. Die Kosten der Verwaltung werden durch eine sichernde Überdeckung von

2 % finanziert. Es wird die Möglichkeit geschaffen, die im Hypothekenregister eingetragenen Werte zusammen mit den gedeckten Pfandbriefverbindlichkeiten im Wege einer Teilvermögensübertragung auf eine andere Hypothekenbank zu übertragen. Außerdem ist vorgesehen, dass die Deckungswerte durch den Sachwalter der insolventen Hypothekenbank treuhänderisch für eine übernahmebereite Bank gehalten und abgewickelt werden können.

C. Alternativen

Keine

D. Kosten

Ziel der Vorschriften des Gesetzentwurfs ist es insbesondere, die Realisierung von Finanzsicherheiten zu erleichtern und die Sicherheit des Hypothekenpfandbriefs zu erhöhen, so dass keine zusätzlichen Belastungen für die öffentlichen Haushalte zu erwarten sind.

E. Sonstige Kosten

Da es ein wesentliches Anliegen der Richtlinie über Finanzsicherheiten ist, zu einer höheren Kostenwirksamkeit des Finanzmarktes beizutragen, ist durch die Umsetzung mit einer gewissen, allerdings nicht quantifizierbaren, Entlastung für die Wirtschaftsunternehmen zu rechnen. Nachteilige Auswirkungen des Gesetzentwurfs auf das Preisniveau, insbesondere auf das Niveau der Verbraucherpreise sind deshalb nicht zu erwarten.

Die Einführung einer sichernden Überdeckung im Hypothekenbankgesetz bringt für die betroffenen Institute eine gewisse Kostenbelastung. Da die Regelung aber der Sicherheit des Pfandbriefes dient, liegt sie im eigenen Interesse der Hypothekenbanken; sie stärkt den Marktwert des Pfandbriefes und sichert die hiermit verbundenen günstigen Refinanzierungsmöglichkeiten der Hypothekenbanken.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DER BUNDESKANZLER

Berlin, den 29. Oktober 2003

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Wolfgang Thierse
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 792. Sitzung am 17. Oktober 2003 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze*)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 21 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

   „Die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen berührt nicht die Wirksamkeit von Verfügungen über Finanzsicherheiten nach § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes und die Wirksamkeit der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Überweisungs-, Zahlungs- oder Übertragungsverträgen, die in ein System nach § 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes eingebracht wurden."

2. Dem § 81 Abs. 3 wird folgender Satz angefügt:

   „Eine Verfügung des Schuldners über Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes nach der Eröffnung ist, unbeschadet der §§ 129 bis 147, wirksam, wenn sie am Tag der Eröffnung erfolgt und der andere Teil nachweist, dass er die Eröffnung des Verfahrens weder kannte noch kennen musste."

3. § 96 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

   „(2) Absatz 1 sowie § 95 Abs. 1 Satz 3 stehen nicht der Verfügung über Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes oder der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Überweisungs-, Zahlungs- oder Übertragungsverträgen entgegen, die in ein System im Sinne des § 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes eingebracht wurden, das der Ausführung solcher Verträge dient, sofern die Verrechnung spätestens am Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt."

4. § 104 wird wie folgt geändert:

   a) In der Überschrift wird das Wort „Finanztermingeschäfte" durch das Wort „Finanzleistungen" ersetzt.

   b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

      aa) In Satz 2 wird der Punkt am Ende von Nummer 5 durch ein Komma ersetzt und folgende Nummer 6 angefügt:

      „6. Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes."

      bb) In Satz 3 wird das Wort „Vertragsverletzungen" durch die Wörter „Vorliegen eines Insolvenzgrundes" ersetzt.

   c) Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

      „Die Forderung wegen der Nichterfüllung richtet sich auf den Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- oder Börsenpreis, der zu einem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens am Erfüllungsort für einen Vertrag mit der vereinbarten Erfüllungszeit maßgeblich ist. Treffen die Parteien keine Vereinbarung, ist der zweite Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens maßgebend."

5. Dem § 130 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

   „Dies gilt nicht, soweit die Rechtshandlung auf einer Sicherungsvereinbarung beruht, die die Verpflichtung enthält, eine Finanzsicherheit, eine andere oder eine zusätzliche Finanzsicherheit im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes zu bestellen, um Änderungen im Wert der Finanzsicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit Rechnung zu tragen."

6. § 147 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

   a) In Satz 1 wird die Angabe „den §§ 892, 893" durch die Angabe „§ 81 Abs. 3 Satz 2, §§ 892, 893" ersetzt.

   b) In Satz 2 wird die Angabe „§ 96 Abs. 2 Satz 1" durch die Angabe „§ 96 Abs. 2" ersetzt.

7. § 166 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 2 Satz 2 wird aufgehoben.

   b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

      „(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung

      1. auf Gegenstände, an denen eine Sicherheit zu Gunsten des Teilnehmers eines Systems nach § 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem System besteht,

      2. auf Gegenstände, an denen eine Sicherheit zu Gunsten der Zentralbank eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums oder zu Gunsten der Europäischen Zentralbank besteht und

      3. auf eine Finanzsicherheit im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes."

8. In § 223 Abs. 1 Satz 2 werden

   nach dem Wort „hinsichtlich" die Angabe „der Finanzsicherheiten im Sinne von § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes sowie" eingefügt und

*) Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43).

in Nummer 1 die Angabe „§ 96 Abs. 2 Satz 2 oder 3“ durch die Angabe „§ 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes“ ersetzt.

9. In § 340 Abs. 3 wird die Angabe „§ 96 Abs. 2 Satz 2 oder Satz 3“ durch die Angabe „§ 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes“ ersetzt.

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung

In das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 26. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2710), wird nach Artikel 103a folgender Artikel 103b eingefügt:

„Artikel 103b
Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekenbankgesetzes und anderer Gesetze

Auf Insolvenzverfahren, die vor dem [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens des Gesetzes nach Artikel 9] eröffnet worden sind, sind die bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften weiter anzuwenden.“

Artikel 3

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom …, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe „§§ 1259 bis 1272 (weggefallen)“ durch folgende Angaben ersetzt:

   „§ 1259
   Verwertung des gewerblichen Pfandes

   §§ 1260 bis 1272 (weggefallen)“.

2. Nach § 1258 wird folgender § 1259 eingefügt:

   „§ 1259
   Verwertung des gewerblichen Pfandes

   Sind Eigentümer und Pfandgläubiger Unternehmer, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen, können sie für die Verwertung des Pfandes, das einen Börsen- oder Marktpreis hat, schon bei der Verpfändung vereinbaren, dass der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand zum laufenden Preis selbst oder durch Dritte vornehmen kann oder dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache bei Fälligkeit der Forderung zufallen soll. In diesem Fall gilt die Forderung in Höhe des am Tag der Fälligkeit geltenden Börsen- oder Marktpreises als von dem Eigentümer berichtigt. Die §§ 1229 und 1233 bis 1239 finden keine Anwendung.“

3. Dem § 1279 wird folgender Satz angefügt:

   „Soweit eine Forderung einen Börsen- oder Marktpreis hat, findet § 1259 entsprechende Anwendung.“

4. Dem § 1295 wird folgender Satz angefügt:

   „§ 1259 findet entsprechende Anwendung.“

Artikel 4

Änderung des Depotgesetzes

In § 16 des Depotgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995 (BGBl. I S. 34), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2384) geändert worden ist, wird nach den Wörtern „Formvorschriften des“ die Angabe „§ 4 Abs. 2, des“ eingefügt.

Artikel 5

Änderung des Kreditwesengesetzes

Das Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom …, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 1 werden folgende Absätze 16 und 17 angefügt:

   „(16) Ein System im Sinne von § 24b ist eine schriftliche Vereinbarung nach Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45) einschließlich der Vereinbarung zwischen einem Teilnehmer und einem indirekt teilnehmenden Kreditinstitut, die von der Deutschen Bundesbank oder der zuständigen Stelle eines anderen Mitgliedstaats oder Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemeldet wurde. Systeme aus Drittstaaten stehen den in Satz 1 genannten Systemen gleich, sofern sie im Wesentlichen den in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 98/26/EG angeführten Voraussetzungen entsprechen.

   (17) Finanzsicherheiten im Sinne dieses Gesetzes sind Barsicherheiten oder Finanzinstrumente nach Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43), die als Sicherheit in Form eines beschränkten dinglichen Sicherungsrechts oder im Wege der Vollrechtsübertragung auf Grund einer Vereinbarung zwischen einem Sicherungsnehmer und einem Sicherungsgeber, die einer der in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a bis e der Richtlinie 2002/47/EG aufgeführten Kategorien angehören, bereitgestellt werden. Sicherungsgeber aus Drittstaaten stehen den in Satz 1 genannten Sicherungsgebern gleich, sofern sie im Wesentlichen den in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a bis e aufgeführten Körperschaften, Finanzinstituten und Einrichtungen entsprechen.“

2. In § 24b Abs. 1 Satz 1 wird die Angabe „nach Artikel 2 der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen und Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45)“ durch die Angabe „nach § 1 Abs. 16“ ersetzt.

3. In § 46a Abs. 1 Satz 6 werden nach dem Wort „Zentralbanken“ die Wörter „und von Finanzsicherheiten“ eingefügt.

Artikel 6

Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes

Dem § 89 Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2778) geändert worden ist, wird folgender Satz angefügt:

„Die Vorschriften der Insolvenzordnung zum Schutz von Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen sowie von dinglichen Sicherheiten der Zentralbanken und von Finanzsicherheiten finden entsprechend Anwendung.“

Artikel 7

Änderung des Gesetzes über Bausparkassen

Dem § 15 des Gesetzes über Bausparkassen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Februar 1991 (BGBl. I S. 454), das zuletzt durch Artikel 33 des Gesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322) geändert worden ist, wird folgender Satz angefügt:

„Die Vorschriften der Insolvenzordnung zum Schutz von Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen sowie von dinglichen Sicherheiten der Zentralbanken und von Finanzsicherheiten finden entsprechend Anwendung.“

Artikel 8

Änderung des Hypothekenbankgesetzes

Das Hypothekenbankgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2674), zuletzt geändert durch Artikel 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 22. August 2002 (BGBl. I S. 3387), wird wie folgt geändert:

1. § 6 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

   a) In Satz 2 wird nach den Wörtern „sichergestellt sein“ die Angabe „sowie der Barwert der eingetragenen Deckungswerte den Gesamtwert der zu deckenden Verbindlichkeiten aus Hypothekenpfandbriefen und Derivaten nach Absatz 6 Satz 2 um 2 vom Hundert übersteigen (sichernde Überdeckung)“ eingefügt.

   b) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

      „Die sichernde Überdeckung muss in ersatzdeckungsfähigen Werten bestehen; die Beschränkung des Absatzes 5 ist insoweit nicht anzuwenden.“

2. § 22 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach den Wörtern „ordentliche Deckung“ die Wörter „oder sichernde Überdeckung“ eingefügt.

   b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

      „(2) Hypotheken gelten nur bis zur Höhe der Beleihungsgrenze nach § 11 Abs. 2 als eingetragene Deckungswerte.“

   c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

3. In § 31 Abs. 2 Satz 1 werden nach der Angabe „§ 6 Abs. 6 Satz 2“ die Wörter „zuzüglich der sichernden Überdeckung“ eingefügt.

4. § 35 wird wie folgt gefasst:

„§ 35

(1) Ist über das Vermögen der Hypothekenbank das Insolvenzverfahren eröffnet, so fallen die im Hypothekenregister eingetragenen Werte nicht in die Insolvenzmasse. Die Forderungen der Pfandbriefgläubiger sind aus den eingetragenen Werten voll zu befriedigen; sie werden von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hypothekenbank nicht berührt. Am Insolvenzverfahren nehmen Pfandbriefgläubiger nur im Umfang des Absatzes 6 Satz 4 teil.

(2) Im Fall des Absatzes 1 ernennt das Gericht des Sitzes der Hypothekenbank auf Antrag der Aufsichtsbehörde eine oder zwei geeignete natürliche Personen als Sachwalter. Mit der Ernennung geht das Recht, die eingetragenen Werte zu verwalten und über sie zu verfügen, auf den Sachwalter über. Hat die Hypothekenbank nach der Bestellung des Sachwalters über einen im Hypothekenregister eingetragenen Wert verfügt, so ist diese Verfügung unwirksam; die §§ 892, 893 BGB bleiben unberührt. Hat die Hypothekenbank am Tag der Bestellung des Sachwalters verfügt, so wird vermutet, dass sie nach der Bestellung verfügt hat. Der Sachwalter darf mit Wirkung für die Deckungsmasse Rechtsgeschäfte tätigen, soweit dies für die geordnete Abwicklung der Deckungsmasse im Interesse der vollständigen Befriedigung der Pfandbriefgläubiger erforderlich ist. Insoweit vertritt er die Hypothekenbank gerichtlich und außergerichtlich.

(3) Wenn die Hypothekenbank ein Grundstück über die Beleihungsgrenze nach §11 Abs. 2 hinaus beliehen hat, so unterliegen die im Register eingetragenen Hypotheken und gesicherten Forderungen auch insoweit der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Sachwalters, als sie gemäß § 22 Abs. 2 nicht als Deckungswerte gelten. Der Sachwalter zieht die Forderungen entsprechend ihrer vertragsmäßigen Fälligkeit ein. Er führt nach Abzug angemessener Verwaltungskosten den Anteil an die Insolvenzmasse ab, der bei getrennten Darlehensverträgen und entsprechenden Einzelhypotheken auf die Insolvenzmasse entfallen würde. Reicht die tatsächlich geleistete Zahlung nicht aus, so sind die Forderungen insoweit vorrangig zu tilgen, als sie durch deckungsfähige Hypotheken gesichert sind; maßgeblich ist die Grenze des § 11 Abs. 2 unter Zugrundelegung des zuletzt vor Insolvenzeröffnung angenommenen Beleihungswertes. Der Insolvenzverwalter kann verlangen, dass Darlehensrückzahlungsforderung und Hypothek geteilt werden; die Insolvenzmasse trägt die Kosten der Teilung. Die durch Teilung entstandene deckungsfähige Hypothek geht der nicht deckungsfähigen im Rang vor.

(4) Der Insolvenzverwalter kann jederzeit verlangen, dass eingetragene Werte, die zur Deckung einschließlich der sichernden Überdeckung offensichtlich nicht notwendig sein werden, vom Sachwalter der Insolvenzmasse zugeführt werden. Nach Befriedigung der Pfandbriefgläubiger und Deckung der Verwaltungskosten verbleibende Werte sind an die Insolvenzmasse herauszugeben.

(5) Das Gericht des Sitzes der Hypothekenbank kann auf Antrag der Aufsichtsbehörde schon vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hypothekenbank bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 46a des Kreditwesengesetzes einen Sachwalter ernennen. Für die Rechtsstellung dieses Sachwalters gelten die Vorschriften über den nach Absatz 2 Satz 1 ernannten Sachwalter entsprechend.

(6) Die Aufsichtsbehörde kann entsprechend den §§ 46 und 46a des Kreditwesengesetzes eigene Maßnahmen in Bezug auf die Deckungsmasse treffen. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Deckungsmasse findet über sie ein gesondertes Insolvenzverfahren statt; der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann nur von der Aufsichtsbehörde gestellt werden. Absatz 4 ist entsprechend anzuwenden. Im Insolvenzverfahren über das übrige Vermögen der Hypothekenbank können die Pfandbriefgläubiger ihre Forderungen nur in Höhe des Ausfalls geltend machen; im Übrigen gelten die Vorschriften für absonderungsberechtigte Gläubiger, insbesondere § 52 Satz 1, § 190 Abs. 1 und 2 sowie § 192 der Insolvenzordnung entsprechend.

(7) Das Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen bleibt unberührt.

(8) Gläubiger von Ansprüchen aus Derivaten nach § 6 Abs. 6 Satz 2 stehen Pfandbriefgläubigern gleich.“

5. Nach § 35 werden folgende §§ 35a bis 35g eingefügt:

„§ 35a

(1) Der Sachwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts des Sitzes der Hypothekenbank. Das Gericht kann insbesondere jederzeit einzelne Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung von ihm verlangen. Es kann den Sachwalter auf Antrag der Aufsichtsbehörde abberufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Sachwalter tritt gegenüber der Aufsichtsbehörde und dem Treuhänder in die Pflichten ein, die von der Hypothekenbank nach diesem Gesetz und dem Kreditwesengesetz im Zusammenhang mit der Verwaltung der Deckungswerte zu erfüllen sind.

(2) Der Sachwalter erhält eine Urkunde über seine Ernennung, die er bei Beendigung seines Amtes dem Gericht zurückzugeben hat. Das Gericht hat die Ernennung und Abberufung des Sachwalters dem zuständigen Registergericht mitzuteilen und unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Die Ernennung und Abberufung des Sachwalters ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen. Die Eintragungen werden nicht bekannt gemacht. Die Vorschriften des § 15 des Handelsgesetzbuches sind nicht anzuwenden.

(3) Die Bestellung des Sachwalters ist in das Grundbuch einzutragen:

1. bei Grundstücken, als deren Eigentümerin die Hypothekenbank eingetragen ist;
2. bei den für die Hypothekenbank eingetragenen Rechten an Grundstücken und an eingetragenen Rechten, wenn nach Art des Rechts und den Umständen zu befürchten ist, dass ohne die Eintragung die Pfandbriefgläubiger benachteiligt würden.

   Die Eintragung ist vom Sachwalter beim Grundbuchamt für die Grundstücke und Rechte gemäß Satz 1 Nr. 1 und 2 zu beantragen, die im Hypothekenregister eingetragen sind. Werden Grundstücke oder Rechte, bei denen die Bestellung des Sachwalters eingetragen worden ist, im Hypothekenregister gelöscht, so hat der Sachwalter beim Grundbuchamt die Löschung der Eintragung zu beantragen.

(4) Der Sachwalter hat Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit und Ersatz angemessener Auslagen. Die Kosten der Verwaltung durch den Sachwalter einschließlich seiner Vergütung und der Erstattung seiner Auslagen sind aus den im Hypothekenregister eingetragenen Werten zu tragen. Das Gericht des Sitzes der Hypothekenbank setzt die Vergütung und die Auslagen auf Antrag des Sachwalters fest. § 46a Abs. 4 Satz 3 und 4 des Kreditwesengesetzes gilt entsprechend.

(5) Der Sachwalter hat zu Beginn seiner Tätigkeit eine Eröffnungsbilanz und einen erläuternden Bericht sowie für den Schluss eines jeden Jahres einen Jahresabschluss und einen Lagebericht zu erstellen. Der Jahresabschluss ist durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, den die Aufsichtsbehörde bestellt. Die Aufsichtsbehörde kann Sonderprüfungen anordnen. Die der Aufsichtsbehörde dadurch entstehenden Kosten sind aus den im Register eingetragenen Werten zu tragen.

(6) Der Sachwalter hat bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers anzuwenden. Er ist bei Pflichtverletzung der Hypothekenbank zum Schadensersatz verpflichtet.

(7) Sachwalter und Insolvenzverwalter haben einander alle Informationen mitzuteilen, die für das Insolvenzverfahren der Hypothekenbank oder die Verwaltung der Deckungswerte von Bedeutung sein können.

§ 35b

(1) Der Sachwalter kann mit schriftlicher Zustimmung der Aufsichtsbehörde alle oder einen Teil der im Hypothekenregister eingetragenen Werte, auch soweit sie gemäß § 22 Abs. 2 nicht als eingetragenen Werte gelten, und Verbindlichkeiten aus Hypothekenpfandbriefen als Gesamtheit nach den folgenden Vorschriften auf eine andere Hypothekenbank übertragen.

(2) Der Übertragungsvertrag muss mindestens folgende Angaben enthalten:

1. die Firma und den Sitz der übertragenden Hypothekenbank und der übernehmenden Hypothekenbank,
2. die Vereinbarung über die Übertragung der im Hypothekenregister eingetragenen Werte und der Verbind-

lichkeiten aus Hypothekenpfandbriefen als Gesamtheit und gegebenenfalls über eine Gegenleistung,

3. die genaue Bezeichnung der zu übertragenden Werte und Verbindlichkeiten aus Hypothekenpfandbriefen.

(3) Soweit für die Übertragung von Gegenständen im Falle der Einzelrechtsnachfolge in den allgemeinen Vorschriften eine besondere Art der Bezeichnung bestimmt ist, sind diese Regelungen für die Bezeichnung der zu übertragenden Werte und Verbindlichkeiten aus Hypothekenpfandbriefen nach Absatz 2 Nr. 3 anzuwenden. § 28 der Grundbuchordnung ist zu beachten. Im Übrigen kann auf Urkunden Bezug genommen werden, deren Inhalt eine Zuweisung des einzelnen Gegenstands ermöglicht; die Urkunden sind dem Übertragungsvertrag als Anlagen beizufügen.

(4) Der Übertragungsvertrag muss notariell beurkundet werden.

§ 35c

(1) Der Sachwalter und das Vertretungsorgan der übernehmenden Hypothekenbank haben die Übertragung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der jeweiligen Hypothekenbank anzumelden. Der Anmeldung sind der Übertragungsvertrag in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift und die Zustimmungsurkunde der Aufsichtsbehörde beizufügen.

(2) Die Übertragung darf in das Handelsregister des Sitzes der übertragenden Hypothekenbank erst eingetragen werden, nachdem sie im Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Hypothekenbank eingetragen worden ist. Die Eintragung im Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Hypothekenbank ist mit dem Vermerk zu versehen, dass die Übertragung erst mit der Eintragung im Handelsregister des Sitzes der übertragenden Hypothekenbank wirksam wird.

(3) Das Gericht des Sitzes der übertragenden Hypothekenbank hat von Amts wegen dem Gericht des Sitzes der übernehmenden Hypothekenbank den Tag der Eintragung der Übertragung mitzuteilen und einen Auszug aus dem Handelsregister zu übersenden. Nach Eingang der Mitteilung hat das Gericht des Sitzes der übernehmenden Hypothekenbank von Amts wegen den Tag der Eintragung der Übertragung im Handelsregister zu vermerken.

(4) Das Gericht des Sitzes jeder der an der Übertragung beteiligten Hypothekenbanken hat jeweils die von ihm vorgenommene Eintragung der Übertragung von Amts wegen im Bundesanzeiger ihrem ganzen Inhalt nach bekannt zu machen.

§ 35d

(1) Bei Eintragung der Übertragung in das Handelsregister des Sitzes der übertragenden Hypothekenbank gehen die im Übertragungsvertrag bezeichneten Werte und Pfandbriefverbindlichkeiten als Gesamtheit auf die übernehmende Hypothekenbank über. Durch die Eintragung wird der Mangel der notariellen Beurkundung des Übertragungsvertrags geheilt. Für die übertragenen Pfandbriefverbindlichkeiten haften die übertragende Hypothekenbank und die übernehmende Hypothekenbank als Gesamtschuldner.

(2) Im Falle der Gewährung einer Gegenleistung gilt § 35 Abs. 4 entsprechend. § 35 Abs. 3 gilt mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle des Sachwalters die übernehmende Hypothekenbank tritt.

§ 35e

(1) Mit schriftlicher Zustimmung der Aufsichtsbehörde kann der Sachwalter mit einer anderen Hypothekenbank vereinbaren, dass die im Hypothekenregister der insolventen Hypothekenbank eingetragenen Werte, auch soweit sie gemäß § 22 Abs. 2 nicht als eingetragenen Werte gelten, ganz oder teilweise treuhänderisch durch den Sachwalter der insolventen Hypothekenbank für die andere Hypothekenbank verwaltet werden, soweit die andere Hypothekenbank die Haftung für die gedeckten Verbindlichkeiten der insolventen Hypothekenbank übernimmt. Der Vertrag bedarf der Schriftform. Die Werte und Pfandbriefverbindlichkeiten sind darin genau zu bezeichnen.

(2) Die im Sinne des Absatzes 1 treuhänderisch verwalteten Werte gelten im Verhältnis zwischen der anderen Hypothekenbank und der insolventen Hypothekenbank oder deren Gläubigern als Werte der anderen Hypothekenbank, auch wenn sie nicht auf diese übertragen wurden.

(3) Der aus dem Treuhandverhältnis folgende Übertragungsanspruch ist in das Register der anderen Hypothekenbank einzutragen. Die im Vertrag im Sinne des Absatzes 1 bezeichneten und im Deckungsregister der insolventen Hypothekenbank eingetragenen Werte gelten als im Register der anderen Hypothekenbank eingetragen. Der Treuhänder der anderen Hypothekenbank nimmt seine Aufgaben und Befugnisse insoweit gegenüber der insolventen Hypothekenbank wahr. Die teilweise treuhänderische Verwaltung ist im Deckungsregister der insolventen Bank bei den einzelnen Deckungswerten zu vermerken.

(4) § 35 Abs. 3 gilt entsprechend.

§ 35f

Im Fall der teilweisen Übertragung der Deckungsmasse nach § 35b Abs. 1 muss der bei der insolventen Hypothekenbank verbleibende Teil der Deckungsmasse den Vorschriften über die Pfandbriefdeckung genügen. Satz 1 gilt entsprechend für den Fall der teilweisen treuhänderischen Verwaltung der Deckungsmasse nach § 35e Abs. 1.

§ 35g

Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde nach § 35b Abs. 1 sowie § 35e Abs. 1 Satz 1 haben keine aufschiebende Wirkung.“

6. Der bisherige § 35a wird § 36.

7. In § 41 Satz 1 wird die Angabe „§§ 22, 29 bis 35a“ durch die Angabe „§ 22 Abs. 1 und 3, §§ 29 bis 34a, § 35 Abs. 1, 2 und 4 bis 9, §§ 35a bis 36“ ersetzt.

Artikel 9

Änderung des Fünften Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Hypothekenbankgesetzes

Artikel II Abs. 5 des Fünften Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Hypothekenbankgesetzes vom 14. Januar 1963 (BGBl. I S. 9), das zuletzt durch Artikel 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 8. Juni 1988 (BGBl. I S. 710) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Nummer 2 wird die Angabe „§ 10 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen“ durch die Angabe „§ 10 Abs. 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes“ und die Angabe „§ 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen“ durch die Angabe „§ 10 Abs. 2b Satz 1 Nr. 8 des Kreditwesengesetzes“ ersetzt.
2. Nach Nummer 4 wird folgende neue Nummer 5 eingefügt:

   „5. § 35a Abs. 2 Satz 3, § 35c Abs. 1 bis 3 und § 35d Abs. 1 des Hypothekenbankgesetzes sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Handelsregisters das Genossenschaftsregister tritt.“
3. Die bisherige Nummer 5 wird Nummer 6.

Artikel 10

Änderung des DG Bank-Umwandlungsgesetzes

In § 11 Abs. 2 des DG Bank-Umwandlungsgesetzes vom 13. August 1998 (BGBl. I S. 2102) wird die Angabe „des § 35 Abs. 1 bis 3“ durch die Angabe „der §§ 35 bis 35g“ ersetzt.

Artikel 11

Änderung des DSL Bank-Umwandlungsgesetzes

In § 8 Abs. 2 des DSL Bank-Umwandlungsgesetzes vom 16. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2441), das durch Artikel 169 der Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2785) geändert worden ist, wird die Angabe „des § 35 Abs. 1 bis 3“ durch die Angabe „der §§ 35 bis 35g“ ersetzt.

Artikel 12

Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

In § 145 Abs. 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch … geändert worden ist, wird nach dem Wort „Kreditwesen“ ein Komma und die Angabe „und nach §§ 35 Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 Satz 1, 35a Abs. 1, 2 und 4 des Hypothekenbankgesetzes“ eingefügt.

Artikel 13

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeine Begründung

Mit dem Gesetzentwurf soll die Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43 – im Folgenden: Finanzsicherheitenrichtlinie) umgesetzt werden. Nach Artikel 11 der Richtlinie hat die Umsetzung bis zum 27. Dezember 2003 zu erfolgen.

Außerdem sollen im Wege der Änderung des Hypothekenbankgesetzes einige offene Fragen im Falle einer Insolvenz der Hypothekenbank einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.

1. Ziel der Finanzsicherheitenrichtlinie

Durch die Finanzsicherheitenrichtlinie soll eine gemeinschaftsweite Regelung für die Bereitstellung von Wertpapieren und Kontoguthaben als Sicherheit (Finanzsicherheit) geschaffen werden. Vor allem Wertpapiere werden im internationalen Bankenverkehr regelmäßig im Rahmen von Pfandgeschäften, Wertpapierleih- und Pensionsgeschäften sowie von Kauf- und Rückkaufvereinbarungen, den so genannten repurchase agreements (Repos), als Kreditsicherheit übertragen. Die gemeinschaftsweit einheitliche Regelung dieser Geschäfte durch die Finanzsicherheitenrichtlinie ergänzt und erweitert die Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefersystemen (ABl. EG Nr. L 166 S. 45 – im Folgenden: Finalitätsrichtlinie), die durch das Gesetz zur Änderung insolvenzrechtlicher und kreditwesenrechtlicher Vorschriften vom 8. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2384) in das deutsche Recht umgesetzt wurde. Die Finanzsicherheitenrichtlinie dient damit der Förderung des freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs im Finanzbinnenmarkt und soll zur Stabilität des Finanzsystems in der Gemeinschaft und zur höheren Kostenwirksamkeit des Finanzmarkts beitragen.

Zu diesem Zweck sollen Finanzsicherheiten von bestimmten Vorschriften des nationalen Insolvenzrechts ausgenommen werden, soweit diese der effektiven Verwertung einer Sicherheit im Wege stehen oder im Bankenverkehr praktizierte Verfahren, wie die bilaterale Aufrechnung infolge Beendigung („close out netting“) oder die Ersetzung bestehender bzw. die Bereitstellung zusätzlicher Sicherheiten, in Frage stellen würden. Außerdem sollen Formerfordernisse abgebaut und die rasche und unbürokratische Verwertung der Sicherheiten ermöglicht werden, um die finanzielle Stabilität zu sichern und Dominoeffekte zu begrenzen. Schließlich muss nach der Richtlinie eine Verfügung über Finanzsicherheiten schon vor dem Sicherungsfall ermöglicht werden, auch wenn sie in Form eines beschränkten dinglichen Sicherungsrechts bestellt wurden. Hierdurch soll die Liquidität an den Finanzmärkten erhöht werden, weil auf diese Weise verpfändete Wertpapiere weiter verwendet werden können.

2. Grundkonzeption der Umsetzung

Die Umsetzung einer Richtlinie erfordert eine Anpassung des Rechts nur dort, wo die geltenden gesetzlichen Bestimmungen den Vorgaben der Richtlinie nicht oder nicht in vollem Umfang entsprechen. In weiten Bereichen wird das geltende deutsche Recht bereits jetzt den Vorgaben der Finanzsicherheitenrichtlinie gerecht. Dies gilt beispielsweise für das in Artikel 8 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Verbot der „Null-Uhr-Regelung“, wonach die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht rückwirkend in die Vereinbarung über die Bestellung einer Finanzsicherheit eingreifen darf. Entsprechendes gilt auch für die in Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie geforderte Insolvenzfestigkeit der Netting-Vereinbarungen, die sich in Deutschland im Wesentlichen bereits aus dem allgemeinen Insolvenzrecht ergibt. Daher sieht der Gesetzentwurf – wie schon bei der Umsetzung der Finalitätsrichtlinie – angesichts des nur eingeschränkten Umsetzungsbedarfs kein eigenständiges Gesetz, sondern lediglich eine punktuelle Umsetzung vor.

Kein Änderungsbedarf besteht zunächst, soweit die Finanzsicherheitenrichtlinie in Artikel 3 bestimmt, dass die Bestellung und die Wirksamkeit einer Finanzsicherheit sowie die prozessuale Beweisführung bei einer Finanzsicherheit oder die Besitzverschaffung an einer Finanzsicherheit nicht von der Erfüllung von Formerfordernissen abhängen dürfen. Nach deutschem Recht sind Vereinbarungen über Finanzsicherheiten formlos möglich. Insbesondere ist die wirksame Begründung einer Finanzsicherheit weder von der Eintragung in ein öffentliches Register noch von der Bekanntmachung in einem amtlichen Publikationsorgan oder der Beachtung sonstiger Formvorschriften abhängig. Rechtshandlungen, die nach deutschem Recht für die wirksame Bestellung eines Pfandrechts erforderlich sind, wie beispielsweise die Drittschuldneranzeige gemäß § 1280 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei der Verpfändung von Forderungen oder die depotrechtliche Eigenanzeige nach § 4 Abs. 2 des Depotgesetzes, gelten bereits ausweislich des Erwägungsgrundes 10 der Finanzsicherheitenrichtlinie nicht als Formerfordernisse im Sinne der Richtlinie.

Auch soweit nach Artikel 5 der Richtlinie sicherzustellen ist, dass der Sicherungsnehmer, soweit dies vertraglich vereinbart ist, schon vor dem Sicherungsfall über die Finanzsicherheit verfügen kann, besteht im deutschen Recht kein Umsetzungsbedarf. Das geltende deutsche Recht lässt solche Verfügungen nämlich nicht nur im Fall der Vollrechtsübertragung durch Sicherungsübereignung oder Sicherungszession zu, sondern auch in den Fällen, in denen die Vertragsparteien bei der Verpfändung eines Gegenstandes vereinbaren, dass der Pfändgläubiger berechtigt sein soll, die ihm zu Sicherungszwecken überlassenen Sachen durch Aneignung oder Veräußerung zu verwenden und an ihrer Stelle gleichartige Sachen zurückzugewähren. Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines solchen irregulären oder unregelmäßigen Pfandrechts ist allgemein anerkannt und wird ungeachtet der fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung heute nicht mehr bestritten (vgl. nur Wiegand, in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung 2002, § 1204 Rz. 54 ff.; Habersack, in: Soergel, BGB, 13. Auflage 2001, § 1204 Rz. 30 ff.; Damrau, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage 1997, § 1204 Rz. 9, jeweils m. w. N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom

21. September 1994 – XII ZR 77/93 – BGHZ 127, S. 138 ff.) sind auf ein unregelmäßiges Pfandrecht grundsätzlich die Pfandrechtsbestimmungen entsprechend anwendbar. Darüber hinausgehende Rechte und Pflichten der Vertragsparteien können sich dann unmittelbar aus dem geschlossenen Vertrag ergeben (BGH a. a. O., S. 141). Vor diesem Hintergrund ist eine Anpassung des deutschen Rechts an die Vorgaben der Finanzsicherheitenrichtlinie nicht erforderlich, weil Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer bereits nach geltendem Recht ein richtlinienkonformes irreguläres Pfandrecht vereinbaren und in dem Sicherungsvertrag wirksam die nach Artikel 5 der Richtlinie zuzulassenden Modalitäten der Rückgabe oder Verrechnung der Sicherheiten regeln können. Dass es insoweit Defizite gäbe, die gesetzgeberische Maßnahmen erfordern, etwa weil die Rechtslage nicht hinreichend klar wäre, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen würde eine Kodifizierung dieses Pfandrechts die vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten einengen, und zwar ohne sachlich überzeugenden Grund, und auch deshalb nicht angezeigt sein.

Kein Änderungsbedarf besteht schließlich bei der Anerkennung von Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung (Artikel 6 der Richtlinie), weil nach deutschem Recht die Sicherheitenbestellung im Wege der Sicherungsübereignung oder Sicherungszession wirksam vereinbart werden kann. Im Bereich des Internationalen Privatrechts (Artikel 9 der Richtlinie) sind Anpassungen ebenfalls nicht erforderlich, da die bestehenden kollisionsrechtlichen Vorschriften, vor allem § 17a des Depotgesetzes, den Anforderungen der Richtlinie entsprechen.

Umsetzungsbedarf verbleibt danach in einem Teilbereich der in Artikel 4 der Richtlinie geregelten Verwertung der Sicherheiten sowie im Bereich des Insolvenzrechts, soweit dort gemäß Artikel 7 der Richtlinie die Wirksamkeit der Aufrechnung infolge Beendigung sicherzustellen und gemäß Artikel 8 der Richtlinie die Insolvenzanfechtung für die Bestellung bestimmter Finanzsicherheiten einzuschränken ist.

Dabei sollen die Vorschriften des Insolvenzrechts, nur so weit wie für die richtlinienkonforme Umsetzung erforderlich, geändert werden, weil die Änderungen vor allem durch die Ausweitung des Verwertungsrechts der Sicherungsnehmer, die Einschränkung des Anfechtungsrechts und die uneingeschränkte Zulassung der Aufrechnung im Beendigungsfall die Grundkonzeption der InsO berühren. Trotz dieser zurückhaltenden Umsetzung sieht der Gesetzentwurf davon ab, von der durch Artikel 1 Abs. 3 der Finanzsicherheitenrichtlinie eingeräumten Option Gebrauch zu machen und nicht dem Finanzsektor zugehörige Unternehmen vom Anwendungsbereich dieser Regelungen auszunehmen („Opt-Out“). Dabei verschließt sich der Gesetzentwurf nicht der Erkenntnis, dass die Ausweitung dieser Geschäfte auf Geschäfte mit sonstigen juristischen Personen, Personengesellschaften und Einzelkaufleuten dazu führt, dass die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Einschränkungen des geltenden deutschen Insolvenzrechts auch zahlreiche geschäftliche Bank-Kunden-Beziehungen erfassen werden und somit dem Finanzsektor gegenüber anderen Gläubigern eine gewisse Vorzugsstellung eingeräumt wird. Maßgebend für diese Entscheidung war, dass die ganz überwiegende Zahl der anderen Mitgliedstaaten ebenfalls die genannten Unternehmen mit in den Anwendungsbereich einbeziehen und dadurch deutsche Finanzdienstleister, aber auch die um Kredit nachsuchenden Unternehmen Wettbewerbsnachteile im Binnenmarkt hätten hinnehmen müssen. Zudem ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass bei einer restriktiven Umsetzung bestimmte Geschäfte auf ausländische Finanzplätzen abgewandert wären. Auch die Auswirkungen von Basel II sprechen gegen die Opt-Out-Lösung. Sind Finanzsicherheiten insolvenzfest, so müssen die ihnen zugrunde liegenden Kredite mit weniger Eigenkapital unterlegt werden, was sich auf die Liquidität der Kreditinstitute und ihre Bereitschaft, Fremdkapital zu günstigeren Bedingungen bereit zu stellen, positiv auswirken dürfte. Eine enge Umsetzung würde zudem die bereits heute feststellbare Neigung verstärken, den Darlehensvertrag einschließlich der Sicherheitenbestellung einer ausländischen Rechtsordnung zu unterstellen. In einem einheitlichen Binnenmarkt, in dem die Unternehmen ihren Sitz frei wählen können, sollten keine Anreize gesetzt werden, aus einer Rechtsordnung zu fliehen, da sich dies insgesamt nachteilig auf den Standort auswirken könnte.

Der Gesetzentwurf sieht weiter vor, dass auch für Sicherungsgeber aus Drittstaaten, die im Wesentlichen den in der Finanzsicherheitenrichtlinie genannten europäischen Finanzinstituten und Einrichtungen entsprechen, die Sondervorschriften über Finanzsicherheiten Anwendung finden.

Mit dieser Maßgabe schlägt der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie folgende Änderungen im Bereich des Insolvenzrechts vor:

– die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens berührt nicht die Verwertung von Finanzsicherheiten (Umsetzung von Artikel 4);

– die Einschränkungen von Aufrechnungen nach § 95 Abs. 1 Satz 3 und § 96 Abs. 1 InsO gelten nicht bei der Verwertung von Finanzsicherheiten (Umsetzung von Artikel 7);

– Finanzsicherheiten gelten als Finanzleistungen im Sinne von § 104 Abs. 2 InsO (Umsetzung von Artikel 7);

– die Anfechtbarkeit kongruenter Rechtshandlungen, durch die eine Finanzsicherheit bestellt oder erweitert wird, wird ausgeschlossen (Umsetzung von Artikel 8 Abs. 3);

– Verfügungen des Schuldners über Finanzsicherheiten, die am Tage der Eröffnung, jedoch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen, sind wirksam, wenn der andere Teil nachweist, dass er die Verfahrenseröffnung weder kannte noch kennen musste (Umsetzung von Artikel 8 Abs. 2).

Im bürgerlichen Recht sieht der Gesetzentwurf für die Verwertung von Sicherheiten aus Geschäften insbesondere der Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen untereinander und mit Kaufleuten in Artikel 2 eine Ergänzung der Pfandrechtsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor: Zum einen soll der für Finanzsicherheiten bereits derzeit zulässige freihändige Verkauf auch ohne die Einschränkungen der §§ 1221, 1234 ff. BGB vorgenommen werden können, wenn die Parteien – soweit sie Unternehmer, juristische Personen des öffent-

lichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind – dies vereinbart haben; zum anderen ist nach der Richtlinie für Geschäfte dieser Art auch die Verwertung im Wege der Aneignung zuzulassen, also durch Vereinbarung einer aufschiebend bedingten Übereignung. Diesen Vorgaben der Richtlinie über Finanzsicherheiten tragen die neuen §§ 1259, 1279 Satz 2 und § 1295 Satz 2 BGB Rechnung.

3. Änderung des Hypothekenbankgesetzes

In den letzten Jahren haben eine Reihe europäischer Staaten neue Hypothekenbank- und Pfandbriefgesetze geschaffen oder bestehende Gesetze modernisiert. Dabei wurden insolvenzrechtliche Regelungen aufgenommen, die den Detaillierungsgrad des deutschen HBG übersteigen. Um den internationalen Kapitalmarkt auch weiterhin von der hohen Sicherheit und Qualität des deutschen Pfandbriefes zu überzeugen und neue Maßstäbe für die insolvenzrechtliche Absicherung der Pfandbriefgläubiger zu setzen, sind neue Regelungen der insolvenzrechtlichen Situation der Hypothekenbank erforderlich. Durch diese Neuregelungen soll besser zum Ausdruck gebracht werden, dass insbesondere die zeitgerechte Bedienung der Pfandbriefe rechtlich sichergestellt ist.

Nach der durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz eingeführten Regelung des § 35 HBG fallen die im Hypothekenregister eingetragenen Werte im Falle der Insolvenz der Hypothekenbank nicht in die Insolvenzmasse; die Werte sind den Pfandbriefgläubigern zur Befriedigung vorbehalten. Diese Regelung ließ jedoch folgende Fragen offen: Wer verwaltet die im Hypothekenregister eingetragenen Werte? Wer bezahlt die Kosten der Verwaltung der Deckungsmassen und der Befriedigung der Pfandbriefgläubiger? Wie können die Deckungswerte und die Pfandbriefverbindlichkeiten auf andere solvente Hypothekenbanken übertragen werden, wenn diese zur Übernahme bereit sind?

Diese offenen Fragen werden nunmehr einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Dabei wird das bisherige Sicherungsmodell des Hypothekenbankgesetzes mit der Deckungsmasse als einer Art rechtlich unselbstständigem Sondervermögen weiterentwickelt und die Sicherheit der Pfandbriefgläubiger weiter verbessert.

Die Grundzüge des fortentwickelten Modells sind folgende:

- Die Deckungsmasse wird durch einen Sachwalter verwaltet, der gerichtlich bestellt wird. Der Sachwalter sorgt für die geordnete Befriedigung der Pfandbriefgläubiger durch Abwicklung des Tilgungs- und Zinsdienstes bei den Pfandbriefen und zieht die Forderungen in die Deckungsmasse ein.
- Die Kosten der Verwaltung durch den Sachwalter (inklusive einer Liquiditätssicherung) werden durch eine sichernde Überdeckung finanziert, die auf 2 % festgelegt wird.
- Der Sachwalter vertritt die Interessen der Pfandbriefgläubiger auch gegenüber dem Insolvenzverwalter der Hypothekenbank, der für die Befriedigung der sonstigen Gläubiger, d.h. auch der Gläubiger ungedeckter Schuldverschreibungen sorgen muss. Dabei wird gesetzlich klargestellt, dass die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger vorrangig ist. Im Falle einer einheitlichen Beleihung über die Beleihungsgrenze nach § 11 Abs. 2 HBG hinaus soll dem Sachwalter auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die eingetragenen Hypotheken und gesicherten Forderungen über die Beleihungsgrenze hinaus zustehen. Der Sachwalter zieht einheitlich Forderungen und Zinsen bei deren vertragsgemäßer Fälligkeit ein und führt denjenigen Anteil an die Insolvenzmasse ab, der bei getrennten Darlehensverträgen und geteilter Hypothek auf die Insolvenzmasse entfallen würde.
- In vielen Fällen kann es sinnvoll sein, die Deckungsmasse nicht vom Sachwalter abwickeln zu lassen, sondern die Werte auf eine andere Hypothekenbank zu übertragen. Es wird daher die Möglichkeit geschaffen, die im Hypothekenregister eingetragenen Werte zusammen mit den zu deckenden Pfandbriefverbindlichkeiten im Wege einer Teilvermögensübertragung, die der Vermögensübertragung nach dem Umwandlungsgesetz nachgebildet ist, auf eine andere Hypothekenbank zu übertragen. Daneben wird, um eine möglichst rasche Absicherung der Risiken der Pfandbriefgläubiger durch eine andere Hypothekenbank zu realisieren, die Möglichkeit vorgesehen, dass die Deckungswerte durch den Sachwalter der insolventen Hypothekenbank treuhänderisch für eine übernahmebereite Bank gehalten und abgewickelt werden können. Welche der drei Möglichkeiten der Verwaltung der Deckungsmasse (Abwicklung durch den Sachwalter; Teilrechtsübertragung; Treuhand-Lösung) zum Tragen kommt, wird sich im jeweiligen Einzelfall erweisen. Die drei Möglichkeiten können jeweils einzeln, aber auch hintereinander eingesetzt werden, z. B. kann zunächst die Verwaltung durch den Sachwalter erfolgen, bevor dann vorübergehend die Werte treuhänderisch gehalten werden, bis die endgültige Übertragung auf eine andere Hypothekenbank erfolgt. Es gibt insoweit keine gesetzlich vorgegebene Reihenfolge, auch wenn es in der Praxis oft am sinnvollsten sein dürfte, dass die Deckungsmasse letztlich von einer anderen Hypothekenbank übernommen wird.
- Die Aufsichtsbehörde (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) wird den gesamten Prozess begleiten. Der Sachwalter wird auf ihren Antrag hin vom Gericht des Sitzes der Hypothekenbank ernannt und abberufen. Die Vermögensübertragung bzw. die Vereinbarung der treuhänderischen Verwaltung bedarf ihrer Zustimmung. Wichtig ist auch, dass die Aufsichtsbehörde den Antrag auf Sachwalterbestellung bereits bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen der Bank gegenüber den Gläubigern einen Sachwalter stellen kann, um so zu ermöglichen, dass Übertragungen auf eine andere Hypothekenbank schon im Vorfeld der Insolvenz eingeleitet werden können. Im Interesse der Pfandbriefgläubiger kann so eine „Verantwortungslücke“ zwischen Insolvenzeröffnung und Sachwalterbestellung vermieden werden.

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar.

Eine Befristung der in dem Entwurf vorgeschlagenen Gesetze scheidet aus, weil die Regelungen als Dauerregelungen angelegt sind, bis der Gesetzgeber eine Änderung für angezeigt hält.

Der Entwurf hat keine erkennbaren gleichstellungspolitischen Auswirkungen. Grundsätzlich sind Frauen und Män-

ner von den Vorschriften des Entwurfs in gleicher Weise betroffen.

Nach Artikel 10 der Finanzsicherheitenrichtlinie hat die Kommission bis Ende 2006 einen Bericht über die Anwendung der Richtlinie vorzulegen. Im Anschluss an diesen Bericht wird die Bundesregierung durch Befragung der Länder und der interessierten Kreise erheben, wie sich die Regelungen in der Praxis bewährt haben. Zeitnah zu dieser Untersuchung wird auch ermittelt, wie sich die Änderungen des Hypothekenbankgesetzes ausgewirkt haben.

4. Auswirkung des Gesetzentwurfs auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte, Kosten für die Wirtschaftsunternehmen und Auswirkungen auf das Preisniveau

Der Gesetzentwurf zielt darauf ab, die Rechtssicherheit im Bereich der Finanzsicherheiten zu erhöhen. Dies dürfte in gewissem Umfang auch zu einer Entlastung der Gerichte beitragen, da Meinungsverschiedenheiten über die wirksame Bestellung von Sicherheiten und ihre Realisierung vermieden werden. Zusätzliche Belastungen für die öffentlichen Haushalte sind von dem Gesetzentwurf somit nicht zu erwarten.

Sonstige Kosten für die Wirtschaftsunternehmen werden durch die Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie nicht verursacht. In gewissem Umfang kann sogar damit gerechnet werden, dass bestimmte Kredite günstiger ausgereicht werden können. Vor diesem Hintergrund sind auch keine nachteiligen Auswirkungen des Gesetzentwurfs auf das Preisniveau, insbesondere auf das Niveau der Verbraucherpreise zu erwarten.

Die Einführung einer sichernden Überdeckung im Hypothekenbankgesetz bringt für die betroffenen Institute eine gewisse Kostenbelastung. Da die Regelung aber der Sicherheit des Pfandbriefes dient, liegt sie im eigenen Interesse der Hypothekenbanken, die eine solche Regelung wünschen: sie stärkt den Marktwert des Pfandbriefes und sichert die hiermit verbundenen günstigen Refinanzierungsmöglichkeiten der Hypothekenbanken.

5. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren, Rechtsanwaltschaft) und Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 des Grundgesetzes (Recht der Wirtschaft). Der Bund kann diese Gesetzgebungskompetenz nach Artikel 72 Abs. 2 des Grundgesetzes in Anspruch nehmen, da für das Insolvenzverfahren bundeseinheitliche Regelungen bestehen müssen. Auch das darüber hinaus mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel der Verbesserung der Sicherheit der Pfandbriefgläubiger kann nur durch eine bundeseinheitliche Regelung erreicht werden.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung der Insolvenzordnung)

Zu Nummer 1

Nach Artikel 4 Abs. 1 und 5 der Finanzsicherheitenrichtlinie ist sicherzustellen, dass die Verwertung einer Finanzsicherheit weder durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch durch die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen beeinträchtigt wird. Demzufolge darf auch die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht dazu führen, dass die vereinbarungsgemäße Verwertung einer Finanzsicherheit unterbunden oder verzögert wird. Die Anfügung des § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO-E gewährleistet, dass eine Verfügung des Sicherungsnehmers über die zu seinen Gunsten bestellte Finanzsicherheit auch bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen wirksam bleibt. Zugleich wird darin klargestellt, dass Sicherungsmaßnahmen auch nicht die Wirksamkeit der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Verträgen, die in ein Zahlungssystem im Sinne der Finalitätsrichtlinie eingebracht wurden, beeinflussen.

Zu Nummer 2

Nach der Grundkonzeption der Insolvenzordnung verliert der Schuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine Verfügungsbefugnis über die zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenstände seines Vermögens; Verfügungen, die er nach dem Zeitpunkt der Eröffnung vornimmt, sind absolut unwirksam. Artikel 8 Abs. 2 der Finanzsicherheitenrichtlinie gebietet es nun, eine Ausnahme von diesem Grundsatz für den Fall zuzulassen, dass der Schuldner nach der Insolvenzeröffnung, jedoch noch am Eröffnungstag zu Gunsten eines Sicherungsnehmers, der nachweisen kann, dass er von der Eröffnung des Verfahrens keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte, eine Finanzsicherheit bestellt oder ihm den Besitz an ihr verschafft. Soweit eine Verfügung des Schuldners danach wirksam ist, bleibt sie unter den allgemeinen Voraussetzungen anfechtbar.

Zu Nummer 3

Die Änderung, die der Umsetzung von Artikel 7 der Finanzsicherheitenrichtlinie dient, ergänzt und erweitert den Anwendungsbereich des zur Umsetzung der Finalitätsrichtlinie eingefügten § 96 Abs. 2. Im Sinne der von der Richtlinie vorgegebenen uneingeschränkten Anerkennung der Aufrechnung infolge Beendigung unterliegen damit auch Verfügungen des Sicherungsnehmers über Finanzsicherheiten in Form einer Aufrechnung oder Verrechnung im Beendigungsfall nicht den Beschränkungen des § 95 Abs. 1 Satz 3, § 96 Abs. 1.

Die bisher in § 96 Abs. 2 Satz 2 geregelte Legaldefinition eines Systems im Sinne der Finalitätsrichtlinie erfolgt nunmehr in § 1 Abs. 16 des Kreditwesengesetzes.

Zu Nummer 4

§ 104 InsO wurde von Seiten der Praktiker wiederholt kritisiert. Ein Kritikpunkt betraf dabei die Überschrift, die Anlass zu Fehlinterpretationen biete. Insofern wurde eine Klarstellung angeregt, dass durch Absatz 2 nicht nur Finanztermingeschäfte im engeren Sinne angesprochen sind. Zu einer solchen Annahme könnte jedoch die Überschrift von § 104 InsO verleiten. Dies hätte etwa zur Konsequenz, dass Kassageschäfte nicht erfasst würden. Da die Vorschrift ansonsten diesen Begriff an keiner anderen Stelle verwendet, soll deshalb in der Überschrift – wie auch sonst in der Norm – statt Finanztermingeschäft der Begriff Finanzleistung verwendet werden.

§ 104 InsO sollte nach der o.a. Kritik auch Geschäfte erfassen, die auf unbestimmte Zeit geschlossen sind. Anderenfalls würde eine große Zahl von Wertpapierpensions- und Wertpapierdarlehensgeschäften aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen bleiben.

Maßgebliche Absicht des Gesetzgebers für die Einführung der Norm war es, das Wahlrecht des Verwalters bei diesen Geschäften auszuschließen, um Unsicherheiten und Spekulationen über die künftige Entwicklung zu vermeiden. Deshalb wurde auch kein Fixgeschäft im eigentlichen Sinne vorausgesetzt, so dass § 104 Abs. 2 InsO gerade nicht erfordert, dass die Leistung genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist zu erbringen ist. So sieht etwa der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte (Produktanhang für Wertpapierdarlehen, Stand: Januar 2001) unter Nummer 1 Abs. 1 vor, dass die Wertpapiere „für einen bestimmten oder anfänglich unbestimmten Zeitraum“ überlassen werden können. Unter Nummer 2 Abs. 4 ist vorgesehen, dass auch vereinbart werden kann, dass das „Wertpapierdarlehen jederzeit auf Verlangen zu beendigen“ ist.

Dennoch sollte nicht eine völlige Abkoppelung der Norm von den eigentlichen Termingeschäften erfolgen, da sie wesentlicher Anlass für die Regelung waren. Da die Frist- oder Terminbestimmung nicht zu eng verstanden werden darf, reicht es aus, wenn für die Erbringung der Finanzleistung ein Endtermin vereinbart wird. Für Wertpapierdarlehen würde dies bedeuten, die im Rahmenvertrag vorgesehene Vertragsgestaltung, das Wertpapierdarlehen jederzeit auf Verlangen zu beendigen, unterfällt nur dann § 104 Abs. 2 InsO, wenn gleichzeitig ein Endtermin für das Ausüben des Verlangens vorgesehen wird. Dies wird den Parteien aber regelmäßig zuzumuten sein.

Weiter wird von der Kritik die Gesamtbeendigungsklausel in Absatz 2 Satz 3 als zu restriktiv empfunden, da sie die Möglichkeit der Glattstellung einzelner Geschäfte bei Liefer- oder Zahlungsverzug beeinträchtige. Die Gesamtbeendigung stehe in Widerspruch zu marktüblichen Vereinbarungen beispielsweise bei Wertpapierpensions- und Wertpapierdarlehensgeschäften, nach denen einzelne Geschäfte bei Liefer- oder Zahlungsverzug beendet werden können. Es wird beklagt, eine solche Regelung beeinträchtige die Möglichkeit der Glattstellung einzelner Geschäfte bei Liefer- oder Zahlungsverzug. Beruhe ein solcher Verzug auf Abwicklungsfehlern oder Marktunvollkommenheiten, so sei es auch ökonomischer, lediglich einzelner Geschäfte glattzustellen. Vor diesem Hintergrund stelle die Beendigung der gesamten Vertragsbeziehung eine Überreaktion dar.

Will man diesem Petitum Rechnung tragen, so muss dafür Sorge getragen werden, dass die Ratio der Gesamtsaldierung nicht beeinträchtigt wird. Keine Partei darf also die Möglichkeit erhalten, in der Insolvenz sich lediglich die vorteilhaften Geschäfte herauszusuchen. Diese Gefahr besteht aber nicht, wenn die Inhaltsbestimmung des Rahmenvertrags in § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO eine Gesamtbeendigung lediglich für den Insolvenzfall vorschreibt. Sind beide Vertragsparteien solvent, so bestehen gegenüber einer Beendigung lediglich einzelner Geschäfte keine Bedenken.

Wie die Änderung des § 96 Abs. 2 InsO-E erfolgt auch die Ergänzung des § 104 Abs. 2 InsO-E zur Umsetzung von Artikel 7 der Finanzsicherheitenrichtlinie. Sie stellt klar, dass auch für die Bestellung von Finanzsicherheiten, die anders als die in § 104 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Finanzleistungen nicht Hauptleistungen im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages sind, die besonderen Regelungen des § 104 InsO gelten.

Besonders heftig wird die Ausgleichsberechnung des Absatzes 3 Satz 1 InsO kritisiert. Ausgangspunkt der Kritik ist die Ratio von § 104 InsO, über die Abwicklung der von der Norm erfassten Geschäfte sofort Klarheit zu erzielen. Die solvente Partei soll Gelegenheit erhalten, unverzüglich ein Ersatzgeschäft zu schließen. Ein Abwarten wäre ihr wegen der raschen Preisschwankungen auf den einschlägigen Märkten nicht zumutbar. Der Verwalter soll nicht zu Lasten der solventen Partei auf Preisänderungen spekulieren können. Die Zweitageregelung des § 104 Abs. 3 InsO entspricht weitgehend der früheren Regelung in § 18 Abs. 2 KO. Allerdings wird nicht mehr für die Bestimmung des Markt- oder Börsenpreises auf den „maßgebenden Handelsplatz“ abgestellt, da bei weitgehend globalisierten Märkten Preisunterschiede auf unterschiedlichen Handelsplätzen nur eine geringe Rolle spielen. Die Zweitageregelung des § 18 Abs. 2 KO hatte den Sinn, dem Vertragspartner Gelegenheit zu bieten, ein Deckungsgeschäft abzuschließen und zwar zu dem Preis, der als Marktpreis bei der Berechnung der Vergütung in Ansatz kommt. Die solvente Vertragspartei sollte also in die Lage versetzt werden, das Deckungsgeschäft auch tatsächlich an dem gesetzlich für die Regulierung maßgebenden Tage abschließen zu können (Jaeger/Henckel § 18 KO Rz. 24).

Diese Vorstellung stimmt mit der gegenwärtigen Praxis jedoch nicht mehr überein, da sie davon ausgeht, ein Deckungsgeschäft zwei Tage nach Verfahrenseröffnung sei noch üblich und zugleich frühzeitig genug. Bei den modernen Informations- und Kommunikationssystemen und den gegenwärtigen Marktverhältnissen kann der Partei ein Abwarten jedoch nicht zugemutet werden, da hierdurch der Schaden sich erheblich vergrößern kann. Die Partei wird deshalb regelmäßig versuchen, sich taggleich einzudecken oder zumindest unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis von der Verfahrenseröffnung. Andererseits können die Parteien aber auch daran interessiert sein, einen späteren Zeitpunkt als maßgebend zu bestimmen. Um diesen Vorgaben Rechnung zu tragen, soll deshalb den Parteien ein Zeitfenster von fünf Tagen eröffnet werden, innerhalb dessen sie den maßgebenden Markt- oder Börsenpreis bestimmen können. Vereinbaren die Parteien keinen bestimmten Zeitpunkt, so soll der zweite Werktag nach der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung maßgebend sein.

Zu Nummer 5

Nach Artikel 8 Abs. 3 der Finanzsicherheitenrichtlinie ist unter anderem sicherzustellen, dass die Bestellung, der Austausch oder die Erweiterung von Finanzsicherheiten nicht allein deshalb anfechtbar ist, weil die besicherte Verbindlichkeit vor der Bestellung oder der Erweiterung der Finanzsicherheit entstanden ist. Die Richtlinie schützt damit insbesondere die im Bankenverkehr üblichen Vereinbarungen, wonach der Sicherungsgeber bei Wertschwankungen der geleisteten (Wertpapier-) Sicherheiten oder bei Wertschwankungen der besicherten Verbindlichkeit verpflichtet ist, weitere Sicherheiten zu leisten, um die unbesicherte „Marge“ abzudecken (Margensicherheit). Vergleichbare

Nachschussklauseln finden sich auch in den für Finanzmarktgeschäfte abgeschlossenen Rahmenverträgen der europäischen Bankenverbände.

Wird eine solche Margensicherheit in der Krise des Sicherungsgebers geleistet, so ist sie als Fall der kongruenten Deckung gemäß § 130 InsO anfechtbar, weil infolge des zeitlichen Auseinanderfallens von Leistung und Gegenleistung – anders als in den von der Richtlinie ebenfalls erfassten Fällen des Austauschs einer Sicherheit gegen eine gleichwertige Sicherheit – kein Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO vorliegt. In Übereinstimmung mit Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie nimmt daher § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO-E die Bestellung einer Finanzsicherheit oder einer zusätzlichen Finanzsicherheit dann von der Anfechtbarkeit bei kongruenter Deckung aus, wenn die Bestellung vereinbarungsgemäß erfolgt, um Änderungen im Wert der Finanzsicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit Rechnung zu tragen. Gleiches gilt, wenn in Übereinstimmung mit der Sicherungsvereinbarung eine Sicherheit erstmals gestellt wird.

Soweit nach Artikel 8 Abs. 3 der Finanzsicherheitenrichtlinie darüber hinaus auch der Austausch einer bereits bestellten Finanzsicherheit gegen eine gleichwertige Sicherheit der Anfechtbarkeit zu entziehen ist, bedarf es keiner weiteren Gesetzesanpassung, weil dieser Sicherheitenaustausch als echtes Bargeschäft gemäß § 142 InsO nicht anfechtbar ist. Eine in diesen Fällen unter exzeptionellen Umständen denkbare Absichtsanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO wird von Artikel 8 Abs. 3 der Finanzsicherheitenrichtlinie ebenso wenig ausgeschlossen wie die Anfechtung bei inkongruenter Deckung gemäß § 131 InsO. Soll allerdings die Bestellung einer Finanzsicherheit als inkongruente Deckung angefochten werden, so ist § 131 InsO im Lichte von § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO-E auszulegen. An die sich aus der Sicherungsvereinbarung ergebende Bestimmbarkeit der Sicherheit dürfen somit keine übertrieben Anforderungen gestellt werden, um die mit § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO-E angestrebte Umsetzung der Richtlinie nicht zu unterlaufen.

Zu Nummer 6

Durch die Anfügung von § 81 Abs. 3 Satz 2 InsO-E ist der Katalog der nach Verfahrenseröffnung vorgenommenen wirksamen Rechtshandlungen erweitert worden. Entsprechend stellt die Änderung in § 147 Abs. 1 Satz 1 InsO-E klar, dass eine nach § 81 Abs. 3 Satz 2 InsO-E wirksame Verfügung des Schuldners der Insolvenzanfechtung in gleicher Weise wie eine vor der Insolvenzeröffnung vorgenommene Rechtshandlung unterliegt.

Zu Nummer 7

Die Änderung dient der Umsetzung von Artikel 4 der Finanzsicherheitenrichtlinie, wonach sicherzustellen ist, dass die Verwertung von Finanzsicherheiten nicht durch Vorschriften des Insolvenzrechts beeinträchtigt wird. Das in § 166 InsO geregelte Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters enthält, vor allem in Verbindung mit dem Kostenbeitrag gemäß § 171 InsO, eine solche Beeinträchtigung. Bereits anlässlich der Umsetzung der Finalitätsrichtlinie, die in Artikel 9 Abs. 1 eine vergleichbare Regelung enthält, war durch Einfügung des § 166 Abs. 2 Satz 2 InsO die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters hinsichtlich der zur Sicherheit abgetretenen Forderungen eingeschränkt worden. Diese Einschränkung zu Gunsten der Teilnehmer eines Systems im Sinne der Finalitätsrichtlinie bezog sich allerdings nicht auf bewegliche Gegenstände im Besitz des Insolvenzverwalters.

Da sich mittlerweile herausgestellt hat, dass in bestimmten Konstellationen – etwa bei der Verwahrung von Wertpapieren des Sicherungsnehmers durch den Sicherungsgeber – auch im Bankenverkehr die klassische Sicherungsübereignung für die Stellung einer Wertpapiersicherheit in Betracht kommt, soll nunmehr statt einer auf die Sicherungszession beschränkten Ausnahmeregelung mit dem neuen Absatz 3 eine generelle Ausnahmeregelung zu Gunsten der Systemteilnehmer und der Sicherungsnehmer von Finanzsicherheiten geschaffen werden.

Zu Nummer 8

Nach Artikel 4 der Finanzsicherheitenrichtlinie ist sicherzustellen, dass die Verwertung der Finanzsicherheiten durch das Insolvenzverfahren und damit auch durch einen Insolvenzplan nicht beeinträchtigt wird. Wie bei der Umsetzung der Finalitätsrichtlinie werden daher abweichende Regelungen im Insolvenzplan auch hinsichtlich der Finanzsicherheiten ausgeschlossen.

Zu Nummer 9

Folgeänderung zu Nummer 3.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung)

Um in bereits laufenden Insolvenzverfahren Übergangsprobleme zu vermeiden, sollen in Verfahren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnet wurden, grundsätzlich die bisherigen gesetzlichen Vorschriften anwendbar sein.

Zu Artikel 3 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1

Die Inhaltsüberschrift wird an die Änderung der Vorschrift angeglichen.

Zu Nummer 2

Nach Artikel 4 Abs. 4 Buchstabe c der Richtlinie über Finanzsicherheiten ist zu gewährleisten, dass jede als beschränkt dingliches Sicherungsrecht bestellte Finanzsicherheit vereinbarungsgemäß verwertet werden kann, ohne dass die Verwertung durch eine Auktion oder auf eine andere Art und Weise vorgeschrieben sein darf.

Darüber hinaus sind nach Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie Sicherungsvereinbarungen zuzulassen, die es dem Sicherungsnehmer ermöglichen, eine Finanzsicherheit im Verwertungsfall nicht nur freihändig zu verkaufen, sondern sich auch anzueignen und anschließend den Wert mit den maßgeblichen Verbindlichkeiten zu verrechnen oder an Zahlungs statt anzunehmen.

Dies erfordert eine Änderung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über die Pfandverwertung für Sicherungsgeschäfte der nach Artikel 1 Abs. 2 der Richtlinie erfassten Stellen, insbesondere der Kreditinstitute.

Nach geltendem Recht ist der freihändige Verkauf von Finanzsicherheiten in Form von Aktien, Inhaberpapieren, Orderpapieren und Forderungen mit einem Börsen- oder Marktwert, um die es hier geht, nur zulässig durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung ermächtigte Person und erst nach Eintritt der Pfandreife (vgl. für Inhaberpapiere: §§ 1293, 1245 Abs. 2, § 1235 Abs. 2, § 1221 BGB). Auch eine Verfallvereinbarung ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung nicht erlaubt (§ 1229 BGB).

Der neue § 1259 BGB-E erfasst als Ausnahmevorschrift nur gewerbliche Geschäfte der oben genannten Stellen untereinander und mit Kaufleuten. Nur auf diese erstreckt sich die Richtlinie, in der es um eine Stärkung und Flexibilisierung des grenzüberschreitenden Finanzmarktes geht, nicht aber um die Rechtsbeziehungen mit Privatkunden. Deshalb und weil ansonsten Vorschriften zum Schutz des Eigentümers ohne überzeugenden Grund aufgegeben und im Übrigen sogar die Kreditaufnahmen in Pfandhäusern einbezogen würden, bestimmt die Neuvorschrift ausdrücklich, dass sie (nur) für Unternehmer gemäß § 14 BGB, juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen gilt. Die positive ist einer an § 288 BGB angelehnten negativen Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs („Sind Eigentümer und Pfandgläubiger nicht Verbraucher, können sie … „) vorzuziehen. Dass es bei dem Begriff „Unternehmer“ in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen könnte, weil natürliche Personen und Zusammenschlüsse mehrerer natürlicher Personen zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Normadressaten des § 14 BGB wie des § 13 BGB sind, steht nicht zu befürchten. Die Kreditinstitute, um die es hier vor allem geht, können in diesen Fällen den gewerblichen oder den privaten Zweck der Rechtsgeschäfte ihrer Kunden und damit die Voraussetzungen des § 14 BGB selbst klären.

Eine Ausdehnung der Vorschrift auf Privatkunden ist auch nicht deshalb angezeigt, weil diese ansonsten bei fallenden Kursen Nachteile erleiden könnten. Auf eine solche Situation kann angesichts der Möglichkeit (§ 1245 Abs. 1 BGB), die in § 1234 BGB vorgesehene Verkaufsandrohung und Wartefrist auszuschließen, schon jetzt kurzfristig reagiert werden.

Die Änderungen sind zur Betonung des engen Anwendungsbereichs in einer Vorschrift zusammengefasst und es ist davon abgesehen worden, sie als Ausnahme zu § 1229 BGB (Verbot der Verfallvereinbarung) und als Ergänzung zu § 1245 (Abweichende Vereinbarungen) zu regeln.

Die neue Vorschrift erleichtert die Verwertung des Pfandes nur, wenn dieses einen Börsen- oder Marktpreis hat. Hierdurch werden einerseits die Vorgaben der Richtlinie über Finanzsicherheiten erfüllt, weil Wertpapiere und sonstige Finanzinstrumente, die Gegenstand einer Verpfändung sein können, in aller Regel einen Börsen-, jedenfalls aber einen Marktpreis haben und so die von der Richtlinie geforderte wirtschaftliche Bewertung ermöglichen. Andererseits enthält die Bezugnahme auf den Börsen- oder Marktpreis eine wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der neuen Vorschrift, weil die Annahme eines Marktpreises nach der noch immer maßgeblichen, zu § 376 HGB ergangenen Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts vom 23. Januar 1895 (RGZ 34, 117 ff.) voraussetzt, dass für Gegenstände der geschuldeten Art und Güte aus einer größeren Anzahl gleichartiger Geschäfte am Ort des Verkaufs ein Durchschnittspreis ermittelt werden kann.

Wertpapiere, die zum Handel an der Börse nicht zugelassen sind oder dort wegen ihres geringen Umsatzes, ihrer kurzen Laufzeit oder ihrer Stückung nicht täglich gehandelt werden, haben jedenfalls einen Marktpreis. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Handelsgeschehen im Unterschied zur Börse auch ohne eine institutionelle Einrichtung abläuft, wie etwa beim Telefonhandel. In Fällen dieser Art kann sich der Preis auch bilden durch die im Finanzbereich nach Auskunft der Bundesbank übliche Praxis, auf den von einer Zentralbank oder einer anderen amtlichen Stelle veröffentlichten Preis oder auf den Mittelwert des von zwei Kreditinstituten gebotenen Kurses abzustellen. Angesichts dessen erscheint eine ergänzende Regelung für diese Fälle entbehrlich: Ein Marktpreis ist insoweit immer festzustellen.

Die Neuregelung sieht zunächst eine Erleichterung von Verkaufsvereinbarungen vor: Künftig können der Eigentümer und der Pfandgläubiger bereits in der Sicherungsvereinbarung bestimmen, dass der Pfandgläubiger selbst oder durch einen Dritten das Pfand verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen darf.

Außerdem erlaubt die Neuregelung in ihrem Anwendungsbereich die Pfandverwertung durch Aneignung im Sinne der Richtlinie, also durch eine Vereinbarung, dass dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache bei Fälligkeit der Forderung zufallen soll, mit anderen Worten: durch die Vereinbarung einer aufschiebend bedingten Übereignung. Da Kreditinstitute, andere Unternehmen des Finanzdienstsektors und Kaufleute aufgrund ihrer geschäftlichen Erfahrungen nicht den Schutz benötigen, den § 1229 BGB für unvorsichtige oder sich in einer Notlage befindliche Schuldner gewährleistet, erscheint es im Hinblick auf die von der Richtlinie erstrebte Flexibilisierung sinnvoll, bei ihnen auch diese Art der Verwertung zuzulassen. Die den Mitgliedstaaten in Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie eingeräumte Option, davon abzusehen, soll daher nicht ausgeübt werden, zumal das deutsche Bankrecht bereits in § 19 des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank und in §§ 13, 17 des Depotgesetzes die Aneignung in einem begrenzten Anwendungsbereich zulässt. Die Neuregelung lässt daher bei allen Gegenständen mit einem Börsen- oder Marktpreis die Vereinbarung dieser Art der Verwertung zu. Die Rechtsfolge ist insoweit in § 1259 Satz 2 BGB-E in Anlehnung an § 1247 BGB (Erlös aus dem Pfand) geregelt.

Bei einer Verwertung nach dem neuen § 1259 BGB-E ist nur die Anwendung des § 1229 BGB (Verbot der Verfallvereinbarung) und der §§ 1233 bis 1239 BGB (Ausführung des Verkaufs durch öffentliche Versteigerung) ausgeschlossen. Nur insoweit erfordert die Richtlinie Änderungen des geltenden Rechts. Die Vorschriften des § 1240 BGB (Mindestwert für Gold- und Silbersachen), des § 1241 BGB (Benachrichtigung des Eigentümers vom Verkauf) und – soweit anwendbar – des § 1243 Abs. 1 BGB (rechtswidrige Veräußerung) gelten auch bei einer Verwertung nach § 1259 BGB-E. Im Übrigen sind Eigentümer und Pfandgläubiger – soweit es um den in § 1259 BGB-E genannten Personenkreis geht – nicht gezwungen, die Verwertung nach der neuen Vorschrift vorzunehmen. Es steht ihnen frei, von der nach § 1259 BGB-E erforderlichen Vereinbarung abzuse-

hen. Dann finden die geltenden Pfandrechtsvorschriften wie bisher Anwendung.

Im Anwendungsbereich des § 1259 BGB-E bleibt der erforderliche Schutz des Eigentümers dadurch gewährleistet, dass ein Verkauf, der zu einem geringeren als dem laufenden Preis erfolgt, den insoweit beweispflichtigen Pfandgläubiger regelmäßig zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Neuregelung des § 1259 BGB-E bezieht sich zunächst auf das Pfand an einer beweglichen Sache. Sie findet nach der Systematik der geltenden Pfandrechtsvorschriften über § 1273 Abs. 2 Satz 1 BGB entsprechende Anwendung auf das Pfandrecht an Rechten. Aus Gründen der Klarstellung bedarf es – soweit Forderungen und Orderpapiere betroffen sind – der in den Nummern 2 und 3 vorgesehenen Änderungen der Vorschriften der §§ 1279 und 1295 BGB.

Zu Nummer 3

Folgeänderung zu Nummer 1.

Zu Nummer 4

Folgeänderung zu Nummer 1.

Zu Artikel 4 (Änderung des Depotgesetzes)

Von der Praxis wird kritisiert, die Eigenanzeige in Papierform sei abwicklungstechnisch äußerst beschwerlich. Diese führe z. B. bei der Deutschen Bundesbank bei grenzüberschreitenden Sicherheitenlieferungen im ESZB dazu, dass die vorgesehenen Abwicklungshöchstzeiten um ein Vielfaches überschritten würden. Die Papiere würden zwar recht schnell dem inländischen Institut auf dessen Depot in den Büchern der Bank gutgebracht, könnten aber erst als wirksam verpfändet behandelt werden, wenn das Institut die schriftliche Eigenanzeige übermittelt hat. Beschwerlich erwies sich neben der Schriftform auch das weitere Formerfordernis der Anzeige „für jedes einzelne Geschäft ausdrücklich“, da dies die Abwicklung der Einzeltransaktionen ebenfalls belastet und eine Kennzeichnung der Eigenbestände eines Kreditinstituts in vorweggenommener oder auf das Depot bezogener Form verhindert. Die nun vorgesehene formlose Erklärung wird deshalb zu einer Beschleunigung der Abwicklung beitragen.

Zu Artikel 5 (Änderung des Kreditwesengesetzes)

Zu Nummer 1

Der neue § 1 Abs. 16 enthält die aus dem bisherigen § 96 Abs. 2 Satz 2 InsO übernommene Begriffsbestimmung eines Zahlungssystems nach Artikel 2 der Finalitätsrichtlinie. Allerdings wird einem Bedürfnis der Praxis entsprechend der Systembegriff auf die Beziehungen zu indirekten Teilnehmerinstituten ausgedehnt. Da die Legaldefinition des Begriffs „Finanzsicherheiten“ im Kreditwesengesetz erfolgen soll, war insoweit eine redaktionelle Anpassung erforderlich.

Die in § 1 Abs. 17 enthaltene Begriffsbestimmung der „Finanzsicherheiten“ nimmt Bezug auf die in Artikel 1 der Finanzsicherheitenrichtlinie enthaltenen Definitionen und verzichtet darauf, eine eigenständige Begriffsbestimmung einzustellen, die sehr umfangreich wäre und lediglich den Wortlaut der Richtlinie hätte wiederholen können.

§ 1 Abs. 17 Satz 2 ordnet über den Anwendungsbereich der Finanzsicherheitenrichtlinie hinaus an, dass auch für Sicherungsgeber aus Drittstaaten, die im Wesentlichen den in der Finanzsicherheitenrichtlinie genannten europäischen Finanzinstituten und Einrichtungen entsprechen, die Vorschriften über Finanzsicherheiten Anwendung finden. Die Beschränkung der für den internationalen Bankenverkehr geschaffenen Sondervorschriften auf Institute der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft wäre nicht gerechtfertigt.

Zu Nummer 2

Folgeänderung zu Nummer 1.

Zu Nummer 3

Bei drohender Insolvenz eines Kreditinstituts kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen Sicherungsmaßnahmen ergreifen, die auch die Verwertung von Finanzsicherheiten beeinträchtigen könnten. Ähnlich wie bei der Umsetzung der Finalitätsrichtlinie müssen daher zum Schutz der Finanzsicherheiten im Anwendungsbereich des § 46a KWG die einschlägigen Bestimmungen der Insolvenzordnung anwendbar sein, die sicherstellen, dass die nach § 46a KWG möglichen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen die Wirksamkeit von Finanzsicherheiten nicht beeinträchtigen.

Zu Artikel 6 (Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes)

In der Krise eines Versicherungsunternehmens kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nach § 89 Abs. 1 Satz 2 VAG einen Zahlungsstopp anordnen, die auch die Verwertung von Finanzsicherheiten beeinträchtigen könnte. Ähnlich wie bei § 46a KWG sollen die einschlägigen Bestimmungen der Insolvenzordnung anwendbar sein, die sicherstellen, dass die nach § 46a KWG möglichen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen die Wirksamkeit von Finanzsicherheiten nicht beeinträchtigen.

Zu Artikel 7 (Änderung des Gesetzes über Bausparkassen)

Ähnlich wie bei § 46a KWG ist es bei dem Zahlungsverbot nach § 15 BausparkG geboten, sicherzustellen, dass durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen nicht die Realisierung von Finanzsicherheiten beeinträchtigt wird.

Zu Artikel 8 (Änderung des Hypothekenbankgesetzes)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Die Änderungen in § 6 Abs. 1 Satz 2 schreiben die Notwendigkeit einer sichernden Überdeckung gesetzlich fest, die bereits heute häufig auf freiwilliger Basis erfolgt. Die sichernde Überdeckung, die auf 2 % festgelegt wird, soll Liquiditätsschwankungen, Ausfälle und die Kosten der Verwaltung der Deckungsmasse im Falle einer Insolvenz der Hypothekenbank abdecken. Den Interessen der Gläubiger ungedeckter Schuldverschreibungen wird angemessen Rechnung getragen, denn es gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Treuhänder Überdeckungen, die über die kongruente Deckung und die sichernde Überdeckung hinausgehen,

freizugeben hat (§ 31 Abs. 2 Satz 1). Im Fall der Insolvenz ist durch die Regelung in § 35 Abs. 4 Entsprechendes sichergestellt. Dies bedeutet aber nicht, dass der Sachwalter in der Insolvenz gehalten ist, die sichernde Überdeckung ständig vorzuhalten. Ihm steht sie vielmehr zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen zur Verfügung.

Zu Buchstabe b

Zur Gewährleistung der Liquidität der Deckungsmasse hat die sichernde Überdeckung gemäß Absatz 1 Satz 3 in Gestalt von Ersatzdeckungswerten zu erfolgen, ohne dass eine Anrechnung auf die 10 %-Grenze des Absatzes 5 erfolgt.

Zu Nummer 2

Zu Buchstabe a

Durch die Ergänzung wird klargestellt, dass auch die Werte, die der sichernden Überdeckung dienen, in das Register einzutragen sind.

Zu Buchstabe b

Der neue Absatz 2 in § 22 stellt klar, dass Hypotheken und gesicherte Forderungen nur bis zur Beleihungsgrenze des § 11 Abs. 2 Deckungswerte darstellen, im Übrigen also zur Befriedigung vor allem ungedeckter Schuldverschreibungen zur Verfügung stehen. Damit ist der Streit um die Lehre von der „formellen“ Registrierung, nach der alle registrierten Werte unabhängig von ihrer Deckungsfähigkeit in die Deckungsmasse fallen, gesetzgeberisch entschieden. Auch nach dieser Lehre hätten aber überschüssige Werte herausgegeben werden müssen, so dass der Streit ohnehin nur relative Bedeutung hatte. Mit der gesetzlichen Regelung wird nunmehr sichergestellt, dass die Gläubiger ungedeckter Schuldverschreibungen aus den die 60 %-Grenze übersteigenden Hypothekenwerten in keinem Falle nachrangig befriedigt werden, wobei die Pfandbriefgläubiger durch die in § 6 Abs.1 Satz 2 angeordnete sichernde Überdeckung ausreichend geschützt bleiben.

Zu Buchstabe c

Folgeänderung zu Buchstabe b.

Zu Nummer 3

Folgeänderung zur Einführung der sichernden Überdeckung in § 6 Abs. 1 Satz 2.

Zu Nummer 4

Die neugefasste Vorschrift des § 35 regelt die Folgen der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Hypothekenbank.

Die Regelung in Absatz 1 entspricht im Wesentlichen der bisherigen Regelung. Durch die neue Formulierung des Satzes 2 wird jedoch deutlicher herausgestellt, dass die Fälligkeit der Forderungen der Pfandbriefgläubiger von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt wird. Schuldnerin der Pfandbriefgläubiger bleibt die Hypothekenbank, so dass diese in der Insolvenz der Bank ggf. nach Absatz 6 Satz 4 ihre Ausfallhaftung geltend machen können.

Absatz 2 regelt die Frage, wer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Verwaltung der Deckungsmasse zuständig ist. Die Aktiengesellschaft (gemäß § 2 des Hypothekenbankgesetzes die regelmäßige Rechtsform einer Hypothekenbank) wird durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG aufgelöst. Da die im Hypothekenregister eingetragenen Werte gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 HBG nicht in die Insolvenzmasse fallen, unterliegen sie insoweit der Abwicklung. Es erscheint aber nicht sinnvoll, den Organen der Aktiengesellschaft in Bezug auf die Deckungsmassen weiterhin die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis zu belassen, denn in Bezug auf das übrige Vermögen der Aktiengesellschaft haben sie diese Befugnis an den Insolvenzverwalter verloren. Die Vertretung und Verwaltung soll auch nicht durch den Insolvenzverwalter erfolgen, um jede Vermischung von Interessen und Verfahren zwischen der Insolvenz der Bank und der geordneten Abwicklung der Deckungsmasse von vornherein zu vermeiden. Deshalb wird die Rechtsfigur des Sachwalters geschaffen. Der Sachwalter ist eine Rechtsfigur sui generis, vergleichbar mit dem Liquidator einer Aktiengesellschaft. In Bezug auf die Deckungsmasse hat er jedoch die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und damit eine ähnlich starke Stellung wie ein Insolvenzverwalter.

Über die formelle Qualifikation der Person des Sachwalters trifft das Gesetz bewusst keine näheren Aussagen. Die Ernennung erfolgt auf Antrag der Aufsichtsbehörde durch das Amtsgericht des Sitzes der Hypothekenbank. Die Aufsichtsbehörde beantragt nach pflichtgemäßem Ermessen, eine oder zwei nach ihrer Einschätzung für die Aufgabe des Sachwalters geeignete Personen zu ernennen. Zwar gilt das sog. Vier-Augen-Prinzip, wonach ein Kreditinstitut mindestens zwei Geschäftsleiter haben muss (§ 33 Abs. 1 Nr. 5 KWG), für die bloße Verwaltung und Abwicklung der Deckungsmasse durch den Sachwalter nicht; gleichwohl kann es im Einzelfall sinnvoll sein, zwei Sachwalter zu bestellen, um so die jederzeitige Vertretung sicherzustellen. Denkbar ist auch die Bestellung jeweils gesonderter Sachwalter für die Deckungsmasse bezüglich der Hypothekenpfandbriefe sowie der Öffentlichen Pfandbriefe.

Aufgabe des Sachwalters ist es, die Deckungsmasse abzuwickeln und die vollständige Befriedigung der Pfandbriefgläubiger sicherzustellen. Soweit es zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich ist, kann der Sachwalter auch Rechtsgeschäfte tätigen, um z. B. bei Fälligkeit eines Pfandbriefs die erforderlichen liquiden Mittel zu beschaffen. In Betracht kommen auch die Konditionenanpassung von Krediten sowie im Einzelfall zur Absicherung der Deckungsmasse erforderliche derivative Geschäfte. Beim Abschluss der Rechtsgeschäfte ist der Sachwalter gesetzlicher Vertreter der Hypothekenbank; er kann insoweit nur die Deckungsmasse verpflichten; innerhalb der Deckungsmasse sind dabei alle Verbindlichkeiten gleichrangig. Dem Sachwalter ist jedoch nicht gestattet, neue Pfandbriefe auszugeben oder neue Hypothekarkredite zu gewähren.

Gehen aus laufenden Darlehensverträgen höhere Zahlungen ein, als der Sachwalter zur Befriedigung der Pfandbriefgläubiger benötigt (und muss er auch keinen Teil gemäß Absatz 3 an den Insolvenzverwalter abführen), so hat er insbesondere die Möglichkeit, die Gelder in ersatzdeckungsfähigen Werten anzulegen, um im Interesse der Pfandbriefgläubiger Zinsen zu erwirtschaften. Die Ersatzdeckungs-

grenze des § 6 Abs. 5 kann nach Sinn und Zweck insoweit nicht zum Tragen kommen.

Absatz 2 Satz 3 regelt als notwendige Folge der Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Sachwalter in Anlehnung an § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO die absolute Unwirksamkeit von Verfügungen der Hypothekenbank, die gegenüber jedermann eintritt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Ernennung. Ausgenommen sind Verfügungen über unbewegliches Vermögen, die zu einem gutgläubigen Erwerb nach §§ 892, 893 BGB führen können, allerdings relativiert durch die Regelung des § 35a Abs. 3, so dass ein gutgläubiger Erwerb nach Eintragung der Bestellung des Sachwalters im Grundbuch ausgeschlossen ist.

Absatz 3 regelt die Verteilung von eingegangenen Zahlungen aus Hypothekarkrediten zwischen Sachwalter und Insolvenzverwalter, wenn die Hypotheken teils zur Deckungsmasse gehören und teils nicht. In der Praxis ist die einheitliche Beleihung über die Beleihungsgrenze nach § 11 Abs. 2 hinaus anstelle von getrennten Darlehensverträgen und entsprechenden Einzelhypotheken sehr verbreitet. Diese Möglichkeit vereinfachter Geschäftsabwicklung soll erhalten bleiben, auch wenn nunmehr in § 22 Abs. 2 klargestellt wird, dass Hypotheken und gesicherte Forderungen nur bis zur Höhe der Beleihungsgrenze als eingetragene Deckungswerte gelten. Auch im Fall der Insolvenz ist eine kostenintensive Aufteilung der einheitlichen Beleihung in getrennte Darlehensverträge und Einzelhypotheken grundsätzlich nicht erforderlich. Nach Absatz 3 Satz 1 steht dem Sachwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die eingetragenen Hypotheken und gesicherten Forderungen insgesamt, d. h. auch über die Beleihungsgrenze nach § 11 Abs. 2 hinaus zu. Der Sachwalter zieht Kapitalforderungen und Zinsen bei deren vertraglicher Fälligkeit einheitlich ein und führt dann denjenigen Anteil an die Insolvenzmasse ab, der bei getrennten Darlehnsverträgen und geteilter Hypothek auf die Insolvenzmasse entfallen würde; dabei ist das Verhältnis zwischen Deckungs- und Außerdeckungsteil maßgeblich, das unter Berücksichtigung bereits erfolgter Tilgungen bei Insolvenzeröffnung besteht; für den Fall des Absatzes 5 ist auf den Zeitpunkt der Ernennung des Sachwalters abzustellen. Der Sachwalter bringt vor Abführung des auf die Insolvenzmasse entfallenden Teilbetrages angemessene Verwaltungskosten in Abzug, die dadurch entstehen, dass er nicht nur den auf die Deckungsmasse entfallenden Anteil, sondern den gesamten Forderungsbetrag einzieht (z. B. Kosten für Umstellung des EDV-Programmes). Wenn die tatsächlich geleistete Zahlung nicht ausreicht, um beide Teile voll zu befriedigen, genießt gemäß Satz 4 die Deckungsmasse den Vorrang vor der Insolvenzmasse. Dabei ist auf den zuletzt vor Insolvenzeröffnung angenommenen Beleihungswert abzustellen, da sich dieser in Einzelfällen z. B. durch Wertverfall gegenüber der Ersteintragung verringert haben könnte.

Nach Satz 5 kann der Insolvenzverwalter jedoch für jeden einzelnen Beleihungsvorgang verlangen, dass die einheitliche Beleihung in entsprechend getrennte Darlehensforderungen und Einzelhypotheken aufgeteilt wird; die Kosten dieser Aufteilung muss dann aber die Insolvenzmasse tragen.

Die im Fall einer Forderungsteilung entstehenden Teilhypotheken sind grundsätzlich gleichrangig. Im Fall einer Zwangsversteigerung sind gleichrangige Hypotheken gemäß § 10 Abs. 1 ZVG nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu berücksichtigen. Dieses Ergebnis widerspricht im vorliegenden Fall dem Gedanken des Satzes 4, wonach Forderungen insoweit vorrangig zu tilgen sind, als sie durch deckungsfähige Hypotheken gesichert sind. Dieses Prinzip soll auch im Fall der Teilung gelten. Daher regelt Satz 6, dass die durch Teilung entstandene nicht deckungsfähige Hypothek nicht zum Nachteil der entstandenen deckungsfähigen Teilhypothek geltend gemacht werden kann. Die deckungsfähige Teilhypothek geht der nicht deckungsfähigen also im Rang vor.

In Absatz 4 Satz 1 wird zum Schutz der sonstigen Gläubiger, insbesondere der Gläubiger ungedeckter Schuldverschreibungen, der Anspruch des Insolvenzverwalters gegenüber dem Sachwalter geregelt, Überdeckungen freizugeben, die über die kongruente Deckung und die sichernde Überdeckung hinausgehen. Dieser Anspruch entsteht immer dann, wenn sich eine offensichtliche Überdeckung ergibt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Beurteilung dessen, was zur Deckung der Ansprüche der Pfandbriefgläubiger erforderlich ist, erst im Laufe der Abwicklung der Deckungsmasse abschließend möglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast für den Anspruch trägt der Insolvenzverwalter. An der Herausgabe hat der Treuhänder nach den allgemeinen Vorschriften mitzuwirken.

In Satz 2 wird (wie im bisherigen § 35 Abs. 2 Satz 3) klargestellt, dass ein nach Abwicklung der Deckungsmasse verbleibender Überschuss an die Insolvenzmasse fällt.

Nach Absatz 5 kann die Aufsichtsbehörde bereits im Vorfeld der Insolvenz eine Sachwalterbestellung beantragen. Für den bestellen Sachwalter gelten die Vorschriften über den nach Absatz 2 Satz 1 ernannten Sachwalter entsprechend.. Dies hat den Vorteil, dass es zu keiner zeitlichen Lücke zwischen Insolvenzeröffnung und Sachwalterbestellung kommt, und so jederzeit eine geordnete Verwaltung der Deckungsmasse gewährleistet ist.

Absatz 6 Satz 1 stellt klar, dass die Aufsichtsbehörde in entsprechender Anwendung der §§ 46, 46a KWG eigene Maßnahmen bezüglich der Deckungsmasse treffen kann. Die weiteren Sätze des Absatzes 6 regeln die Insolvenz der Deckungsmasse. Satz 2 entspricht dem bisherigen Absatz 2 Satz 1. Es bleibt dabei, dass bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Deckungsmasse auf Antrag der Aufsichtsbehörde ein gesondertes Insolvenzverfahren über die Deckungsmasse stattfindet. Die Tätigkeit des Sachwalters endet dann. Es ist ein Sonderinsolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht zu bestellen. Dabei steht es dem Insolvenzgericht frei, den Sachwalter zum Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen oder ggf. Eigenverwaltung anzuordnen. Für die Aufteilung von Werten zwischen Insolvenzmasse und dem Sonderinsolvenzvermögen ist Absatz 4 entsprechend anzuwenden, d. h. das Sonderinsolvenzvermögen schuldet die Freigabe klarer Überdeckung und die Herausgabe übriggebliebener Werte an die Insolvenzmasse. Die Pfandbriefgläubiger nehmen am Hauptinsolvenzverfahren nur teil, soweit ihnen im Sonderinsolvenzverfahren ein Ausfall entstanden ist. Die Ausfallhaftung der Hauptinsolvenzmasse orientiert sich an den Regeln, die für Absonderungsberechtigte gelten. Der Insolvenzverwalter der Hauptinsolvenz muss ggf. Rückstellungen bilden. Da Bankinsolvenzen meist über Jahre abgewickelt werden, hat die Ausfallhaftung keinen erheblichen Verzögerungseffekt.

Absatz 7 stellt klar, dass die Pfandbriefgläubiger vor und während eines Insolvenzverfahrens ihre Rechte gemeinsam nach dem Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen wahrnehmen können. „Insolvenz“ im Sinne des Schuldverschreibungsgesetzes ist dabei als Insolvenz der Deckungsmasse zu lesen.

Absatz 8 entspricht dem bisherigen § 35 Abs. 2a.

Der bisherige § 35 Abs. 4 kann entfallen, da durch die Umsetzung der Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten (ABl. EG Nr. L 125 S. 15) in § 46e Abs. 2 KWG geregelt wird, dass Partikularverfahren und Sekundärinsolvenzverfahren von Realkreditinstituten mit Sitz in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum nicht zulässig sind.

Zu Nummer 5 (§§ 35a bis 35g)

Zu § 35a

§ 35a regelt die Rechte und Pflichten des Sachwalters.

Absatz 1 Satz 1 bestimmt, dass der Sachwalter unter der Aufsicht des Gerichts des Sitzes der Hypothekenbank steht. Dieses kann von ihm jederzeit Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand verlangen und den Sachwalter auf Antrag der Aufsichtbehörde aus wichtigem Grund abberufen. Satz 4 regelt, dass der Sachwalter gegenüber der Aufsichtsbehörde und dem Treuhänder die Pflichten im Zusammenhang mit der Verwaltung der Deckungswerte zu erfüllen hat. Diese ausdrückliche Regelung ist erforderlich, weil der Sachwalter nicht Geschäftsleiter der Hypothekenbank ist, sondern nur Verwalter der Deckungsmasse.

Nach Absatz 2 Satz 1 erhält der Sachwalter eine Ernennungsurkunde, mit der er sich im Rechtsverkehr ausweisen kann. Das Gericht hat die Ernennung und Abberufung des Sachwalters unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Dadurch soll die zügige Information des Rechtsverkehrs sichergestellt werden. Weiterhin teilt das Gericht die Ernennung und Abberufung dem Registergericht mit, welches darüber eine Eintragung im Handelsregister vornimmt (Absatz 2 Satz 2). Eine Bekanntmachung der Eintragung im Handelsregister ist infolge der Bekanntmachung durch das Prozessgericht nicht mehr erforderlich. Daher besteht für die Anwendung von § 15 HGB kein Raum; dies wird durch Satz 5 klargestellt.

Absatz 3 soll in Anlehnung an die Regelung des § 32 InsO (Grundbuch) einen gutgläubigen Erwerb an Grundstücken gemäß § 35 Abs. 2 Satz 3 zu Lasten der Deckungsmasse verhindern. Da die im Hypothekenregister eingetragenen Werte gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 nicht in die Insolvenzmasse fallen, findet § 32 InsO keine Anwendung. Ein Insolvenzvermerk ist also bei den Grundstücken und Rechten, die im Hypothekenregister aufgeführt sind, nicht einzutragen. Die Eintragung eines Sachwaltervermerks erfolgt gemäß Satz 1 Nr. 1 bei inländischen Grundstücken, als deren (Mit-) Eigentümer die Hypothekenbank eingetragen ist. Bei den für die Hypothekenbank eingetragenen Rechten wird ein Sachwaltervermerk nach Satz 1 Nr. 2 eingetragen, wenn aufgrund der Art des Rechts und der Umstände zu befürchten ist, dass ohne die Eintragung die Deckungsmasse benachteiligt würde. Dies ist – wie im Insolvenzverfahren – in der Regel zu befürchten, wenn ein gutgläubiger Erwerb gemäß §§ 892, 893 BGB allgemein möglich ist. Wegen des Normzwecks ist jede der Deckungsmasse ungünstige Auslegung zu vermeiden. Die Eintragung hat der Sachwalter gemäß Satz 2 beim zuständigen Grundbuchamt unverzüglich nach seiner Bestellung zu beantragen. Werden Grundstücke oder Rechte, bei denen die Bestellung des Sachwalters eingetragen worden ist, im Hypothekenregister gelöscht, so hat der Sachwalter gemäß Satz 3 beim Grundbuchamt die Löschung der Eintragung zu beantragen. Den Nachweis seiner Verfügungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt führt der Sachwalter durch Vorlage seiner Ernennungsurkunde.

Nach Absatz 4 Satz 1 hat der Sachwalter einen Vergütungs- und Auslagenersatzanspruch. Satz 2 stellt klar, dass die Kosten der Verwaltung der Deckungsmasse durch den Sachwalter einschließlich seiner Vergütung und der Erstattung seiner Auslagen aus der Deckungsmasse finanziert werden müssen. Hierzu dient die sichernde Überdeckung nach § 6 Abs. 1 Satz 2. Das Gericht des Sitzes der Hypothekenbank setzt die Vergütung und die Auslagen auf Antrag des Sachwalters fest.

Die Buchführungsvorschriften des Sachwalters nach Absatz 5 sind denen des Abwicklers einer Aktiengesellschaft nach § 270 Aktiengesetz nachgebildet. Der Abschlussprüfer ist von der Aufsichtsbehörde zu bestellen, die auch Sonderprüfungen anordnen kann; die Kosten hierfür sind aus den im Register eingetragenen Werten zu erstatten.

Die Sorgfaltspflichten des Sachwalters nach Absatz 6 Satz 1 orientieren sich am üblichen Maßstab des ordentlichen Geschäftsleiters (§ 268 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz). Bei Pflichtverletzung ist er nach Satz 2 (angelehnt an § 268 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 Satz 1 Aktiengesetz) der Hypothekenbank gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Die Einräumung eines direkten Schadensersatzanspruchs der Pfandbriefgläubiger ist nicht erforderlich, da die Pfandbriefgläubiger auch außerhalb der Insolvenz der Hypothekenbank keinen Schadensersatzanspruch bei etwaiger Verletzung der aufsichtsrechtlichen Deckungsvorschriften haben. Der Schadensersatz fließt – je nachdem, wo die Schädigung eingetreten ist – in die Deckungsmasse oder die Insolvenzmasse.

Da Sachwalter und Insolvenzverwalter vertrauensvoll zusammenarbeiten müssen, wird in Absatz 7 eine umfassende gegenseitige Unterrichtungspflicht normiert.

Zu den §§ 35b bis 35d allgemein

Die §§ 35b bis 35d regeln die Möglichkeit einer teilweisen oder vollständigen Übertragung der im Hypothekenregister eingetragenen Werte (einschließlich der Werte, die nach dem neuen § 22 Abs. 2 nicht als eingetragene Werte gelten) und Pfandbriefverbindlichkeiten als Gesamtheit auf eine oder mehrere andere Hypothekenbanken.

Eine Übertragung der Deckungswerte auf eine andere Hypothekenbank im Wege der Einzelübertragung ist stets möglich, ebenso die Schuldübernahme einer anderen Hypothekenbank für Pfandbriefverbindlichkeiten. In der Praxis wäre ein solches Verfahren aber mühsam und zeitraubend. Im Fall der Insolvenz der Hypothekenbank besteht im Interesse der geordneten Befriedigung der Pfandbriefgläubiger das Bedürfnis, Deckungsmasse und Pfandbriefverbindlichkei-

ten möglichst zügig auf eine oder mehrere übernahmebereite Hypothekenbanken übertragen zu können. Diesem Bedürfnis trägt die Regelung der §§ 35b bis 35d Rechnung. Sie ist den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes über die Teilvermögensübertragung nachgebildet, berücksichtigt dabei aber die sich aus dem speziellen Anwendungsbereich ergebenden Besonderheiten.

Zu § 35b

Absatz 1 eröffnet dem Sachwalter die Möglichkeit einer Übertragung von Deckungswerten (einschließlich der Werte, die nach dem neuen § 22 Abs. 2 nicht als eingetragene Werte gelten) und Pfandbriefverbindlichkeiten als Gesamtheit auf eine andere Hypothekenbank. Es kann sich um die Übertragung aller Werte oder nur eines Teils der Werte handeln. Damit ist auch die Möglichkeit einer Übertragung von Teilen der Deckungswerte und Pfandbriefverbindlichkeiten auf mehrere Hypothekenbanken eröffnet. Der Übertragungsvertrag bedarf der schriftlichen Zustimmung der Aufsichtsbehörde.

Absatz 2 regelt den Mindestinhalt des Übertragungsvertrags. Nach Nummer 1 müssen die an der Übertragung beteiligten Hypothekenbanken bezeichnet werden. Nach Nummer 2 muss der Vertragstext die Vereinbarung über die Hauptpflichten der Parteien enthalten, nämlich die Übertragung von Deckungswerten und Pfandbriefverbindlichkeiten als Gesamtheit, d. h. im Wege einer Sonderrechtsnachfolge und nicht einer Einzelrechtsnachfolge; sofern eine Gegenleistung zu erbringen ist, muss auch diese im Vertragstext festgehalten sein. Schließlich sind die zu übertragenden Werte und Pfandbriefverbindlichkeiten genau zu bezeichnen, d. h. sie müssen identifizierbar sein (Nummer 3).

Da mit Eintragung der Übertragung in das Handelsregister des Sitzes der übertragenden Hypothekenbank die im Übertragungsvertrag bezeichneten Werte als Gesamtheit auf die übernehmende Hypothekenbank übergehen (§ 35d Abs. 1), wird in diesem Fall das Grundbuch unrichtig. Absatz 3 soll sicherstellen, dass durch diesen Rechtsübergang, der sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht, nicht Rechtsunsicherheit eintritt. Deshalb ist im Zusammenhang mit Rechten an Grundstücken eine Bezeichnung im Einklang mit § 28 GBO erforderlich. Nach Absatz 3 Satz 3 kann im Übrigen auf Urkunden Bezug genommen werden, sofern sie eine hinreichende Kennzeichnung gestatten und die Bestimmbarkeit des Gegenstands ermöglichen. Die Urkunden sind dem Übertragungsvertrag als Anlagen beizufügen. Dies gestattet vor allem die Bezugnahme auf das Hypothekenregister.

Nach Absatz 4 ist für den Übertragungsvertrag die notariellen Beurkundung vorgesehen. Dadurch wird dem Rechtsgedanken aus § 311 BGB und der großen Bedeutung, die der Inhalt des Übertragungsvertrags für die Zuweisung der Vermögensbestandteile hat, Rechnung getragen. Die Parteien des Vertrags sollen von einem Notar beraten werden. Der Mangel der notariellen Beurkundung wird nach § 35d Abs. 1 Satz 2 durch Eintragung der Übertragung im Handelsregister der übertragenden Hypothekenbank geheilt.

Zu § 35c

In Anlehnung an die entsprechende umwandlungsrechtlichen Vorschriften regelt § 35c die Anmeldung und Eintragung einer Teilvermögensübertragung im Handelsregister. Abweichend von entsprechenden Regelungen im Umwandlungsgesetz sieht Absatz 4 die Bekanntmachung der Eintragung der Übertragung nur im Bundesanzeiger vor.

Zu § 35d

Gemäß Absatz 1 Satz 1 gehen mit der Eintragung der Übertragung in das Handelsregister der übertragenden Hypothekenbank die im Übertragungsvertrag bezeichneten Werte und Pfandbriefverbindlichkeiten als Gesamtheit auf die übernehmende Hypothekenbank über, d. h. es tritt eine partielle Gesamtrechtsnachfolge ein. Durch die Eintragung der Übertragung in das Register der übertragenden Hypothekenbank wird ein Mangel der notariellen Beurkundung geheilt. Absatz 1 Satz 3 stellt klar, dass aus Gründen des Gläubigerschutzes die übertragende Hypothekenbank und die übernehmende Hypothekenbank als Gesamtschuldner für die übertragenen Pfandbriefverbindlichkeiten haften. Ginge man von einer befreienden Schuldübernahme durch die übernehmende Hypothekenbank aus, wäre eine Zustimmung der jeweiligen Pfandbriefgläubiger zur Übertragung erforderlich. Die Gläubiger der übertragenen Pfandbriefverbindlichkeiten sind durch die bei der übernehmenden Hypothekenbank vorhandene Deckungsmasse abgesichert. In Anbetracht der Regelung von § 35 Abs. 1 Satz 3 kommt eine gesamtschuldnerische Haftung der Insolvenzmasse der Hypothekenbank nur in Höhe des Ausfalls bei der übernehmenden Hypothekenbank in Betracht.

Aus Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit dem neuen § 35 Abs. 4 ergibt sich, dass der Insolvenzverwalter im Fall der Gewährung einer Gegenleistung für die Übertragung die Gegenleistung oder Teile davon für die Insolvenzmasse beanspruchen kann, soweit sie zur Deckung und sichernden Überdeckung offensichtlich nicht notwendig sind. Verbleibt die Gegenleistung zunächst bei der Deckungsmasse, ist sie nach Abwicklung der Deckungsmasse ebenso wie überschüssige Deckungswerte nach § 35 Abs. 4 Satz 2 zu behandeln.

Die Übertragung der Deckungsmasse einschließlich der Werte, die nach § 22 Abs. 2 nicht als eingetragene Werte gelten, die ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters möglich ist, darf sich nicht zum Nachteil sonstiger Gläubiger, insbesondere der Gläubiger ungedeckter Schuldverschreibungen auswirken. Sofern der Insolvenzverwalter im Falle einer einheitlichen Beleihung eines Grundstücks über die Beleihungsgrenze nach § 11 Abs. 2 HBG hinaus vor der Durchführung einer Vermögensübertragung nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 5 die Teilung in entsprechende getrennte Darlehensverträge verlangt hat, kann der Sachwalter den jeweiligen Deckungswert insgesamt an eine andere Hypothekenbank übertragen. Absatz 2 Satz 2 bestimmt, dass in diesem Fall § 35 Abs. 3 entsprechend anzuwenden ist. Dies bedeutet, dass die übernehmende Hypothekenbank bei Einzug der Forderung den Anteil an die Insolvenzmasse der übertragenden Hypothekenbank abzuführen hat, der bei getrennten Darlehensverträgen und entsprechenden Einzelhypotheken nach Abzug angemessener Verwaltungskosten auf die Insolvenzmasse entfallen würde. Wenn die tatsächlich geleistete Zahlung nicht ausreicht, um beide Teile voll zu befriedigen, kommt § 35 Abs. 3 Satz 4 entsprechend zur Anwendung. Die Deckungsmasse genießt dann den Vorrang vor der Insolvenzmasse. In entsprechender Anwendung von § 35

Abs. 3 Satz 5 steht es dem Insolvenzverwalter frei, von der übernehmenden Hypothekenbank eine Teilung von Darlehensrückzahlungsforderung und Hypothek zu verlangen.

Die §§ 35b bis 35d schließen die Möglichkeit nicht aus, unter Einbindung des Insolvenzverwalters vertraglich zu vereinbaren, dass die übernehmende Hypothekenbank auch den Außerdeckungsteil gegen Gewährung einer Gegenleistung in die Insolvenzmasse erwirbt.

Zu § 35e

§ 35e sieht die Möglichkeit vor, dass der Sachwalter der insolventen Bank mit einer oder mehreren Hypothekenbanken eine Vereinbarung schließen kann, wonach der Sachwalter der insolventen Hypothekenbank die im Hypothekenregister eingetragenen Werte (auch, soweit sie gemäß § 22 Abs. 2 nicht als eingetragene Werte gelten) ganz oder teilweise als uneigennütziger Treuhänder für übernahmebereite Hypothekenbanken hält, soweit diese die Haftung für die gedeckten Verbindlichkeiten der insolventen Hypothekenbank übernehmen. Durch eine solche Vereinbarung kann im Insolvenzfall für eine schnelle Absicherung der Interessen der Pfandbriefgläubiger durch eine andere Hypothekenbank gesorgt werden. Grundbucheintragungen sind nicht erforderlich. Nach Absatz 1 bedarf die Vereinbarung der schriftlichen Zustimmung der Aufsichtsbehörde. Der Vertrag ist aus Klarstellungs- und Beweisgründen schriftlich zu schließen. Die treuhänderisch zu verwaltenden Werte und Pfandbriefverbindlichkeiten sind genau zu bezeichnen (siehe bereits Begründung zu § 35b Abs. 2 Nr. 3).

Entspricht der Vertrag diesen Anforderungen, so gelten die treuhänderisch verwalteten Werte im Verhältnis zwischen der Treugeber-Hypothekenbank und der insolventen Hypothekenbank oder deren Gläubigern als Werte der Treugeber-Hypothekenbank, auch wenn eine Übertragung der Werte nicht stattgefunden hat (Absatz 2).

Diese Regelung ist § 392 Abs. 2 HGB nachgebildet. Sinn der Regelung ist es sicherzustellen, dass die Treugeber-Hypothekenbank aufgrund einer Treuhandvereinbarung, die den Anforderungen des Absatzes 1 genügt, im Fall der Insolvenz der Deckungsmasse der Treuhänder-Hypothekenbank Aussonderung nach § 47 InsO verlangen kann und im Fall der Vollstreckung von Gläubigern in die Deckungsmasse Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben kann.

Die Regelung des Absatzes 1 und 2 schafft hinsichtlich der Frage der Anforderungen an die Treuhand bei Vereinbarung einer treuhänderischen Verwaltung von Deckungswerten Rechtssicherheit.

Absatz 3 Satz 1 stellt eine Sonderregelung zu § 22 Abs. 1 Satz 1 HBG dar. Im Fall der treuhänderischen Verwaltung von Werten ist lediglich der aus dem Treuhandverhältnis folgende schuldrechtliche Übertragungsanspruch in das Hypothekenregister einzutragen. Dies ist ausreichend, weil die einzelnen Werte im Treuhandvertrag genau bezeichnet sein müssen (Absatz 1 Satz 3). Absatz 3 Satz 2 fingiert, dass diese im Treuhandvertrag bezeichneten und im Register der insolventen Hypothekenbank eingetragenen Werte als im Register der Treugeber-Hypothekenbank eingetragen gelten. Absatz 3 Satz 2 stellt klar, dass sich die Aufgaben und Befugnisse des Treuhänders der Treugeber-Hypothekenbank auf die treuhänderisch gehaltenen Werte erstrecken. Bei teilweiser treuhänderischer Verwaltung muss im Deckungsregister der insolventen Bank klargestellt werden, welche Werte treuhänderisch gehalten werden. Nach Absatz 3 Satz 4 bedarf es daher eines entsprechenden Vermerks bei den einzelnen Deckungswerten.

Absatz 4 entspricht der Regelung des § 35d Abs. 2 Satz 2. Die dort gegebene Begründung gilt für den Fall einer treuhänderischen Verwaltung von Werten durch den Sachwalter sinngemäß.

Zu § 35f

Im Fall einer Teilübertragung der Deckungsmasse an eine andere Hypothekenbank darf die Sicherheit derjenigen Pfandbriefgläubiger, die weiterhin aus der Deckungsmasse der insolventen Bank zu befriedigen sind, nicht beeinträchtigt werden. Deshalb stellt Satz 1 klar, dass der nach einer Teilübertragung bei der insolventen Hypothekenbank verbleibende Teil der Deckungsmasse weiterhin den Vorschriften über die Pfandbriefdeckung genügen muss. Entsprechendes gilt nach Satz 2 auch im Fall der teilweisen treuhänderischen Verwaltung der Deckungsmasse nach § 35e Abs. 1.

Zu § 35g

Die in § 35g aufgeführten aufsichtlichen Maßnahmen dienen dazu, die ordnungsgemäße Abwicklung der Deckungsmasse im Interesse der Sicherheit der Pfandbriefgläubiger zu gewährleisten. Dies erfordert schnelle Maßnahmen, die nicht durch Widerspruch und Anfechtungsklage zumindest zeitweilig verhindert oder unangemessen verzögert werden dürfen.

Zu Nummer 6

Folgeänderung zu Nummer 5.

Zu Nummer 7

Folgeänderungen zu den Nummern 2, 4 und 5.

Zu Artikel 9 (Änderung des Fünften Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Hypothekenbankgesetzes)

Zu Nummer 1

Infolge des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 22. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2518) wurde der Verweis auf § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KWG unrichtig. Richtigerweise muss nunmehr auf § 10 Abs. 2b Satz 1 Nr. 8 KWG verwiesen werden.

Zu Nummer 2

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu Artikel 8, die der Rechtsform der Münchener Hypothekenbank eG als Genossenschaft Rechnung trägt.

Zu Nummer 3

Folgeänderung zu Nummer 2.

Zu Artikel 10 (Änderung des DG Bank-Umwandlungsgesetzes)

Folgeänderung zu Artikel 8.

Zu Artikel 11 (Änderung des DSL Bank-Umwandlungsgesetzes)

Folgeänderung zu Artikel 8.

Zu Artikel 12 (Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Durch die Ergänzung von § 145 FGG werden die gerichtlichen Aufgaben nach § 35 Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 und 35a Abs. 1, 2 und 4 dem Amtsgericht zugewiesen. Funktionell zuständig ist gemäß § 17 Nr. 2 Buchstabe a des Rechtspflegergesetzes der Richter.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 792. Sitzung am 17. Oktober 2003 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1 Nr. 1** (§ 21 Abs. 2 Satz 2 InsO)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 1 wie folgt gefasst werden sollte:

   ‚1. Dem § 21 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

   „§ 81 Abs. 3 Satz 1 gilt entsprechend.“ ‘

   Begründung

   Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern – hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft – gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen „Finanzplatzes“ liegen. Die Begünstigung der – derzeit vergleichsweise prosperierenden – Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger – etwa einfachen Handwerksbetrieben –, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber infolge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d. h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

   Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn Anlass für § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO-E ist nicht der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 4 Abs. 1 bzw. Abs. 5 der Richtlinie, wonach lediglich die Eröffnung des Liquidationsverfahrens und die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen keine Unwirksamkeitsgründe darstellen dürfen. Zu den Liquidationsverfahren werden nämlich nach der Legaldefinition in Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe j der Richtlinie bloße Sicherungsmaßnahmen nicht zu zählen sein. Auch kann es nicht der Sinn des Artikels 4 Abs. 5 der Richtlinie sein, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. generell als Grund für eine Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung auszunehmen. Vielmehr ist es Sinn des Artikels 4 Abs. 5 der Richtlinie, klarzustellen, dass eine der Sicherheitenbestellung folgende Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. nicht zu einer Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung führen darf. Anlass für § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO-E ist daher allein Artikel 8 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie, wonach „innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor“ Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. das Insolvenzrecht nicht zur Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung führen darf. Diesen Zeitraum schon bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen beginnen zu lassen, ist nicht zwingend. Denn Artikel 8 der Richtlinie will erkennbar einen Sicherungsnehmer schützen, der von der möglichen Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung keine Kenntnis hat (vgl. Artikel 8 Abs. 1 Buchstabe a und Abs. 2 der Richtlinie), etwa weil noch kein Gerichtsbeschluss bzw. Verwaltungsakt ergangen ist, der ihm diese Kenntnis verschaffen könnte. Bei der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO liegt ein solcher Gerichtsbeschluss indessen vor. Artikel 8 der Richtlinie ist folglich dem Regelungsbereich der §§ 129 ff. InsO zuzuordnen, nicht hingegen den §§ 21 ff. InsO.

   Es ist daher ausreichend, in § 21 InsO eine Verweisung auf § 81 Abs. 3 InsO aufzunehmen.

2. **Zu Artikel 1 Nr. 3** (§ 96 Abs. 2 InsO)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 3 aufgehoben werden sollte.

   Begründung

   Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern – hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft – gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen „Finanzplatzes“ liegen. Die Begünstigung der – derzeit vergleichsweise prosperierenden – Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger – etwa einfachen Handwerksbetrieben –, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber infolge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d. h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privi-

legierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 7 der Richtlinie ist in seinem Absatz 1 Buchstabe a ebenso auszulegen wie Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie, d. h. in dem Sinne, dass die nachfolgende Eröffnung des Insolvenzverfahrens etc. die Aufrechnung unberührt lassen muss. Anlass für § 96 Abs. 2 InsO-E kann daher allein der Wunsch sein, das in § 96 Abs. 2 InsO vorhandene Regelungsprinzip auf Finanzierungssicherheiten zu erweitern. Dass eine solche Erweiterung – unabhängig von der umzusetzenden Richtlinie – gerechtfertigt ist, ist indessen fraglich. Denn die derzeit von § 96 Abs. 2 InsO erfassten „Ansprüche und Leistungen aus Überweisungs-, Zahlungs- oder Übertragungsverträgen, die in ein System eingebracht wurden, das der Ausführung solcher Verträge dient", sind von vornherein sehr viel enger mit den zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüchen verbunden, als dies bei Ansprüchen aus Finanzierungssicherheiten der Fall ist. Daher ist die in § 96 Abs. 2 InsO-E vorgesehene Privilegierung der Kreditwirtschaft nicht gerechtfertigt und wird zu einem zufallsabhängigen Wettlauf mit der Zeit führen.

3. **Zu Artikel 1 Nr. 5** (§ 130 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 5 aufgehoben werden sollte.

Begründung

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern – hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft – gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen „Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der – derzeit vergleichsweise prosperierenden – Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger – etwa einfachen Handwerksbetrieben –, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber infolge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d. h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung geht indessen über den durch die Richtlinie 2002/47/EG geforderten Schutz der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft hinaus. Denn der in der Entwurfsbegründung angeführte Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie ordnet lediglich an, dass die im Wege der kongruenten Deckung gewährte Sicherheit „nicht allein deswegen als unwirksam angesehen … werden kann, weil … sie … innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens … erfolgte …". Der durch den Gesetzentwurf geänderte § 130 InsO eröffnet aber keineswegs die Anfechtbarkeit allein deswegen, weil die Bestellung der Sicherheit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens erfolgte. Vielmehr ist – zusätzliche – Voraussetzung für die Anfechtung nach § 130 InsO, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit zurzeit der Sicherheitenbestellung (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder den Eröffnungsantrag kannte (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die derzeitige deutsche Rechtslage befindet sich daher bereits in Übereinstimmung mit Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie. Zudem erscheint es sachlich unangemessen, die Anfechtbarkeit nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Fällen auszuschließen, in denen der Leistungsempfänger die Zahlungsunfähigkeit des Sicherungsgebers kannte.

4. **Zu Artikel 1 Nr. 7** (§ 166 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 7 aufgehoben werden sollte.

Begründung

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern – hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft – gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen „Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der – derzeit vergleichsweise prosperierenden – Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger – etwa einfachen Handwerksbetrieben –, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber infolge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d. h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung ist indessen allenfalls im Bereich des Sicherungseigentums zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich, nicht aber im Bereich des be-

schränkt dinglichen Sicherungsrechts. Denn Anlass für die Neuregelung ist weder Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie noch deren Artikel 4 Abs. 1. Während Artikel 4 Abs. 5 die allgemeinen Wirkungen der Sicherungsbestellung regelt, regelt Absatz 1 die Wirkung im – hier fraglichen – Insolvenzfall. Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie ordnet an, dass die Finanzsicherheiten „vereinbarungsgemäß wirksam werden"; bestimmte Möglichkeiten der Verwertung, wie sie Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie vorsieht, enthält Absatz 5 nicht. Daher ist schon fraglich, ob § 166 InsO überhaupt von den Erfordernissen der Richtlinie abweicht, nachdem § 166 InsO das Wirksamwerden der Sicherheit nicht berührt. Allenfalls wird für das Sicherungseigentum – abweichend von den sich „normalerweise" aus dem Eigentum ergebenden Rechtsfolgen, die möglicherweise noch von Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie erfasst sind – in den §§ 51 und 166 InsO angeordnet, dass das Sicherungsgut lediglich verwertet, aber nicht vom Sicherungsnehmer in Besitz genommen werden darf. Für die beschränkt dinglichen Sicherungsrechte, bei denen ohnehin nur eine Verwertung in Betracht kommt, dürfte § 166 InsO kaum ein Verstoß gegen das von Artikel 4 Abs. 5 geforderte „Wirksamwerden" der Sicherheit enthalten. Der Umstand, dass nach § 166 InsO primär der Insolvenzverwalter und nicht der Sicherungsnehmer verwerten darf, dürfte mit dem „Wirksamwerden" nichts zu tun haben.

Wegen der verschiedenen Deutungsmöglichkeit der Richtlinie sollte Artikel 1 Nr. 7 des Entwurfs – im Sinne der gebotenen restriktiven Umsetzung – gänzlich entfallen.

5. **Zu Artikel 1 Nr. 8** (§ 223 Abs. 1 Satz 2 InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 die Nummer 8 aufgehoben werden sollte.

Begründung

Zuzustimmen ist dem Grundanliegen des Entwurfs, wonach bei der Umsetzung der Richtlinie nicht über den von der Richtlinie geforderten Schutz des Sicherungsnehmers hinausgegangen werden soll. Denn die Richtlinie bewirkt die Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Sicherungsgebern – hier der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft – gegenüber anderen Sicherungsgebern, was dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd ist. Zwar mag eine gewisse Privilegierung der Kreditwirtschaft im Interesse einer Stärkung der (europäischen) Kreditwirtschaft und damit des europäischen „Finanzplatzes" liegen. Die Begünstigung der – derzeit vergleichsweise prosperierenden – Kreditwirtschaft geht jedoch notwendig zu Lasten anderer Wirtschaftszweige bzw. Gläubiger – etwa einfachen Handwerksbetrieben –, deren Interessen der Gesetzgeber ebenso im Blick behalten muss. Zudem werden Interessen anderer Sicherungsgeber infolge der Privilegierung der sicherungsgebenden Kreditwirtschaft dadurch verstärkt betroffen, dass der Gesetzentwurf nicht von der sog. Opt-out-Möglichkeit des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch macht, d. h. die Privilegierung nicht nur im Interbankenverkehr vorsieht, sondern auch in Fällen, in denen an dem Sicherungsverhältnis eine Nicht-Bank beteiligt ist. Der Privilegierung kommt dadurch eine vor allem wirtschaftlich sehr viel größere Wirkung zu, als wenn sie auf den Interbankenverkehr begrenzt bliebe.

Die geplante Neuregelung ist indessen allenfalls im Bereich des Sicherungseigentums zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich, nicht aber im Bereich des beschränkt dinglichen Sicherungsrechtes. Denn Anlass für die Neuregelung ist weder Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie noch deren Artikel 4 Abs. 1. Während Absatz 5 die allgemeinen Wirkungen der Sicherungsbestellung regelt, regelt Absatz 1 die Wirkung im – hier fraglichen – Insolvenzfall. Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie ordnet an, dass die Finanzsicherheiten „vereinbarungsgemäß wirksam werden"; bestimmte Möglichkeiten der Verwertung, wie sie Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie vorsieht, enthält Absatz 5 nicht.

Daher ist schon fraglich, ob § 166 InsO überhaupt von den Erfordernissen der Richtlinie abweicht, nachdem § 166 InsO das Wirksamwerden der Sicherheit nicht berührt. Allenfalls wird für das Sicherungseigentum – abweichend von den sich „normalerweise" aus dem Eigentum ergebenden Rechtsfolgen, die möglicherweise noch von Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie erfasst sind – in den §§ 51 und 166 InsO angeordnet, dass das Sicherungsgut lediglich verwertet, aber nicht vom Sicherungsnehmer in Besitz genommen werden darf. Für die beschränkt dinglichen Sicherungsrechte, bei denen ohnehin nur eine Verwertung in Betracht kommt, dürfte § 166 InsO kaum ein Verstoß gegen das von Artikel 4 Abs. 5 geforderte „Wirksamwerden" der Sicherheit enthalten. Der Umstand, dass nach § 166 InsO primär der Insolvenzverwalter und nicht der Sicherungsnehmer verwerten darf, dürfte mit dem „Wirksamwerden" nichts zu tun haben.

Im Übrigen sieht Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie lediglich vor, dass Sanierungsmaßnahmen, zu denen Insolvenzpläne wohl zu zählen sind, das Wirksamwerden der Finanzsicherheit nicht beeinträchtigen dürfen. § 223 InsO beeinträchtigt die Finanzsicherheit und deren Wirksamwerden indessen nicht. Denn § 223 InsO unterstellt die Finanzsicherheit lediglich der Disposition der Vereinbarungen im Insolvenzplan. Im Übrigen hat jeder Gläubiger, dessen Rechtsstellung sich durch den Insolvenzplan verschlechtert, nach § 251 InsO die Möglichkeit, die Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht zu verhindern.

Wegen der verschiedenen Deutungsmöglichkeit der Richtlinie sollte Artikel 1 Nr. 8 des Entwurfs – im Sinne der gebotenen restriktiven Umsetzung – gänzlich entfallen.

6. **Zu Artikel 1** (Änderung der Insolvenzordnung), **Artikel 3** (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

a) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob – um Wettbewerbsnachteile zu vermeiden und im Hinblick auf ausdrückliche Bestimmungen in anderen EU-Staaten – zur Rechtssicherheit ausländischer Investoren eine Bestimmung in das BGB aufgenommen werden kann, die klarstellt, dass der Sicherungsnehmer bereits vor Eintritt

des Sicherungsfalls über die Finanzsicherheit verfügen darf.

Für die internationale Finanzpraxis sollte die Rechtslage transparenter werden, denn dies bedeutet eine Erleichterung, die den Finanzplatz Deutschland stärkt. Zwar ist im deutschen Recht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht unbedingt notwendig, da die Parteien ein „irreguläres Pfandrecht" vereinbaren können. Dennoch sollte dafür eine gesetzliche Norm vorgesehen werden. Damit werden Unklarheiten bei ausländischen Investoren oder Einschätzungsschwierigkeiten von Ratingagenturen, die mit dem deutschen Recht nicht so vertraut sind, beseitigt. Andere Finanzplätze, die die EU-Bestimmungen ausdrücklich umgesetzt haben, wären im Vorteil gegenüber Deutschland.

Wünschenswert wäre – im Interesse der Privatkundschaft und damit des Verbraucherschutzes – eine Flankierung der aus der Nutzung des Pfandpapiers resultierenden Aufrechnungslage durch insolvenzrechtliche Schutzbestimmungen. Insbesondere im Falle von Privatkunden als Sicherungsgeber wäre es wünschenswert, dass sie ihre eigene Verbindlichkeit als Sicherheit nutzen können, um sich gegen die hypothetische Insolvenz der Bank abzusichern.

b) Ferner bittet der Bundesrat zu prüfen, ob hierbei die Verfügung nicht nur im Wege der Aneignung oder Veräußerung des Eigentums des Sicherungsgebers, sondern auch im Wege der Veräußerung des Pfandrechts als solchem eröffnet werden sollte („true rehypothecation").

Die Verfügung über das Pfandrecht sollte ferner zusätzlich auch in der Form ermöglicht werden, dass die Parteien die Akzessorietät (Anbindung des Pfands an die bilaterale Forderungsbeziehung zwischen den Parteien) abbedingen können. Vorteile für den Geber und den Nehmer bestünden in einer größeren Flexibilität des Pfands als Sicherungsinstrument insbesondere dann, wenn der Nehmer seinerseits das Pfand benötigt, um seinem Gläubiger/Geschäftspartner Sicherheit zu stellen, dieses aber aus der Geber-Nehmer-Beziehung – wegen der Akzessorietät – nicht herauslösen kann.

Eine solche Regelung würde – über die Umsetzung des Artikels 5 der Richtlinie hinaus – Deutschland einen zusätzlichen Wettbewerbsvorteil verschaffen und das deutsche Recht und den Finanzplatz zum „Marktführer" für Wertpapiersicherheiten machen. Hierbei würde das den angelsächsischen Rechtsordnungen überlegene Potenzial des deutschen Zivilrechts, welches akzessorische, nichtakzessorische und Vollrechtsübertragungssicherheiten gleichermaßen kennt, voll ausgeschöpft.

c) Weiterhin wird gebeten zu prüfen, ob im Hinblick auf die internationale Entwicklung der Kapitalmärkte auch im Bereich des Privatkundengeschäfts die Verwertung des Pfandrechts an vertretbaren Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben – weiter als bisher vorgesehen – erleichtert werden sollte.

Um den Finanzplatz Deutschland im Wettbewerb mit anderen Finanzmärkten von internationalen Entwicklungen nicht abzukoppeln, sind zur Rechtssicherheit weitergehende Regelungen auch für die Rechtsbeziehungen mit Privatkunden notwendig. Hierbei ist zu gewärtigen, dass Wertpapierpfänder von Privatkunden aktuell weder nach § 1221 BGB (wegen des Wegfalls des Börsenmaklers) noch nach dem im Entwurf vorgeschlagenen § 1259 BGB-E über die Börse verwertet werden können. Damit würde Deutschland für das Privatkundengeschäft in einen Rechtszustand zurückfallen, wie er vor Inkrafttreten des BGB bestanden hat, indem Wertpapiere dann nur noch per Auktion verwertet werden könnten.

Das hohe Verbraucherschutzniveau wäre gewährleistet, indem die Papiere „zum Börsen- oder Marktpreis" – wie in § 1259 BGB-E und § 1221 BGB vorgesehen – in Ansatz zu bringen oder zu verkaufen wären. Ferner wird der Nehmer kein Interesse an einer Verschleuderung der Sicherheit haben, da sich hierdurch auch sein eigenes unbesichertes Risiko und der hiermit im Ernstfall verbundene Abschreibungsbedarf erhöht.

7. **Zu Artikel 1** (Änderung der Insolvenzordnung), **Artikel 5** (Änderung des Kreditwesengesetzes)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in Artikel 1 u. a. in § 166 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 InsO-E vorgesehenen Regelungen (Bankenprivileg) – sofern sie nicht aufgehoben werden (vgl. die Ziffern 1 bis 5) – auch für Forderungen der Staatskassen und Gemeinden (Fiskusprivileg) entsprechend normiert werden können oder ob auf die vorgesehene einseitige Vorzugsstellung der Kreditinstitute zu verzichten ist.

Begründung

Durch die Vorzugsstellung der Banken in Insolvenzverfahren verliert insbesondere die öffentliche Hand eine auch nur gleichberechtigte Stellung zur Befriedigung ihrer Forderungen. Dies verschärft die ohnehin stark angespannte Lage der öffentlichen Haushalte zusätzlich.

Die in Artikel 1 u. a. in § 166 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 InsO-E vorgesehenen Regelungen räumen dem Finanzsektor gegenüber anderen Gläubigern – insbesondere auch den öffentlichen Händen – eine einseitige Vorzugsstellung ein. Es ist in der Gesetzesbegründung (S. 13 f.) nicht dargelegt, dass in den anderen EU-Staaten bestehende Privilegien für Kreditinstitute diese zugleich auch gegenüber den Forderungen der öffentlichen Hand bevorteilen. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass hier eher ein Gleichklang existiert, also in der ganz überwiegenden Zahl der anderen Mitgliedstaaten die Finanzbehörden mindestens gleichwertig neben den Kreditinstituten bevorrechtigt sind.

Es sollte geprüft werden, ob in der Insolvenzordnung für die Forderungen der Staatskassen und Gemeinden ein entsprechendes Privileg normiert werden kann.

Ist die Einbeziehung der öffentlichen Hand in diese Regelungen nicht gewollt, sollte auch von der einseitigen Bevorzugung des Finanzsektors gegenüber anderen Gläubigern abgesehen werden.

Auch nach der Begründung zum Gesetzentwurf gibt es keine EU-rechtlichen Vorgaben für eine derartige – einseitige Bevorzugung – des Bankensektors gegenüber anderen, insbesondere gegenüber den öffentlichen Gläubigern.

Mit der bisherigen Rechtslage sind für die deutschen Kreditinstitute, aber auch für die um Kredit nachsuchenden Unternehmen keine – nicht notwendig nationaler Rechtssetzungsbefugnis immanenten – Wettbewerbsnachteile verbunden. Zwar würde die vorgesehene Regelung dem Bankensektor die Kreditvergabe gegenüber (gesunden) Unternehmen erleichtern. Einem in einer Notlage befindlichen Unternehmen würde aber durch eine derartige Regelung umso mehr erschwert, auf Entgegenkommen von Lieferanten und Nichtbankengeschäftspartnern zu stoßen.

Die Bankinstitute selbst erleiden durch das fehlende Privileg keine Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren EU-Konkurrenten, da auch die Konkurrenten bei der Kreditvergabe an deutsche Inländer gleichgestellt sind.

8. **Zu Artikel 5 Nr. 1** (§ 1 Abs. 17 KWG)

In Artikel 5 Nr. 1 § 1 ist Absatz 17 wie folgt zu fassen:

„(17) Finanzsicherheiten im Sinne dieses Gesetzes sind vereinbarungsgemäß als Sicherheit bereitgestellte Barsicherheiten oder Finanzinstrumente nach Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (ABl. EG Nr. L 168 S. 43), sofern beide Vertragsparteien einer der in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a bis d der Richtlinie 2002/47/EG aufgeführten Kategorien angehören. Satz 1 gilt entsprechend für Sicherungsgeber aus Drittstaaten."

Begründung

Mit der vorgeschlagenen Änderung soll von der Option gemäß Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 2002/47/EG Gebrauch gemacht werden, wonach die Umsetzung dieser Richtlinie auf den Verkehr zwischen Unternehmen des Finanzsektors einschließlich öffentlich-rechtlicher Körperschaften beschränkt bleibt.

Die Zielsetzung der Richtlinie 2002/47/EG, Finanzsicherheiten weit gehend insolvenzfest auszugestalten, stellt tragende Grundprinzipien des deutschen Insolvenzrechts in Frage. Auf diese Tatsache hat der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme zum damaligen Entwurf der Richtlinie (Bundesratsdrucksache 318/01 (Beschluss) vom 13. Juli 2001) ausdrücklich hingewiesen. Die endgültige Fassung der Richtlinie ist über den ursprünglichen Entwurf insofern noch hinausgegangen, als die Beschränkung des Insolvenzprivilegs auf den Interbankenverkehr (vgl. Artikel 2 Nr. 4 des seinerzeitigen Entwurfs) entfallen und der Anwendungsbereich der Richtlinie nunmehr grundsätzlich auf den gesamten gewerblichen Rechtsverkehr ausgedehnt worden ist.

Durch die vollständige Umsetzung dieser Vorgaben würde das Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger (par condicio creditorum), ein Elementargrundsatz des deutschen Insolvenzrechts mit offenkundigem Gerechtigkeitsgehalt, nicht nur in einem einzelnen, eng umgrenzten Wirtschaftssektor, sondern breitflächig zu Gunsten der Kreditwirtschaft außer Kraft gesetzt. Kreditinstitute – bei denen es sich ohnehin um die typischerweise wirtschaftlich stärkste Gläubigergruppe handelt – würden dadurch auf Kosten der übrigen (gesicherten bzw. ungesicherten) Gläubiger bevorzugt, ohne dass für eine derart einseitige Privilegierung rechtfertigende Gründe erkennbar sind.

Eine solche Maßnahme wäre geeignet, den Bestand des Gleichbehandlungsgrundsatzes in seinem Kern in Frage zu stellen, und zwar nicht nur wegen der Bedeutung, die den Kreditinstituten in der Insolvenz regelmäßig zukommt. Eine derartige rechtssystematische „Einbruchstelle" würde extensiv genutzt werden und zudem die Forderung weiterer Gläubigergruppen nach vergleichbarer Behandlung provozieren.

Diese gravierenden Folgen lassen sich durch die Erwägungen der Entwurfsbegründung nicht rechtfertigen. Die Erwartung, eine Privilegierung der Kreditwirtschaft in der Insolvenz werde sich auf die Kreditbedingungen günstig auswirken, erscheint spekulativ; die bisherigen Erfahrungen sprechen im Übrigen gegen eine solche Annahme. Umgekehrt werden die Befürchtung einer „Kreditflucht" deutscher Unternehmer und die Erwartung von Wettbewerbsnachteilen für deutsche Kreditinstitute nicht näher erläutert, obwohl die Vorstellung, ein deutscher Mittelständler werde sich statt an seine Hausbank an ein ausländisches Kreditinstitut wenden oder insoweit die Geltung ausländischen Rechts vereinbaren, eher fern liegend erscheint. Schließlich liefert das Ziel einer „Vereinheitlichung und Stabilisierung des europäischen Finanzsystems" keinen legitimen Grund dafür, einem bestimmten Kreis von Unternehmen zum Schaden anderer Wirtschaftsteilnehmer in der Sache nicht begründete Vorrechte zuzubilligen.

Angesichts dessen besteht insolvenzrechtlich ein dringendes Bedürfnis, die Umsetzung der genannten Richtlinie auf das gemeinschaftsrechtlich unabdingbar notwendige Maß zu begrenzen. Die Fälle des Artikels 1 Abs. 2 Buchstabe e der Richtlinie bleiben daher von der Umsetzung ausgenommen. Die vorgeschlagene Formulierung greift den Wortlaut des Artikels 1 Abs. 3 der Richtlinie auf und wurde im Übrigen gegenüber der Entwurfsfassung verschlankt und sprachlich geglättet.

9. **Zu Artikel 5 Nr. 1** (§ 1 Abs. 17 KWG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob nicht eine ausdrückliche Nennung aller Tatbestandsvoraussetzungen gegenüber einer bloßen Bezugnahme auf den Text der Richtlinien 98/26/EG und 2002/47/EG vorzugswürdig ist.

Begründung

Die – zunehmend verfolgte – Regelungstechnik der Bezugnahme auf Regelungen in Richtlinien erscheint unzweckmäßig, da sie die betreffenden Normen unübersichtlich werden lässt und der Rechtsanwender – dem der Text der diversen Richtlinien häufig nicht ohne weiteres zur Verfügung steht – durch die Lektüre der Norm nur noch bruchstückhafte Kenntnis von deren Regelungsgehalt erhält.

Im Übrigen ist die in § 1 Abs. 17 KWG-E zu Definitionszwecken enthaltene Bezugnahme auf Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2002/47/EG deshalb zweifelhaft, weil Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie den Begriff des „Finanzinstruments“ selbst gar nicht definiert. Wenn daher die Definition des Tatbestandsmerkmales „Finanzinstrument“ nicht ausdrücklich in § 1 Abs. 17 KWG-E aufgenommen wird – was vorzuziehen ist – wäre besser auf Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe e der Richtlinie 2002/47/EG Bezug zu nehmen.

10. Die Bundesregierung wird aufgefordert, die vorgesehenen Änderungen des Hypothekenbankgesetzes in das Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten zu übernehmen und einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen.

Begründung

Der vorliegende Gesetzentwurf ändert Vorschriften des Hypothekenbankgesetzes (HBG), die sich fast identisch im Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten (ÖPG) wieder finden. Die Gleichwertigkeit dieser Vorschriften besteht seit Inkrafttreten des ÖPG im Jahr 1927. Diese Gleichwertigkeit sollte beibehalten werden, indem nicht nur das HBG, sondern in gleicher Weise auch das ÖPG geändert wird.

Die Änderungen des HBG dienen der Verbesserung des Schutzes des Pfandbriefgläubigers im Falle der Insolvenz der emittierenden Bank. Damit soll das Vertrauen der Anleger in die Qualität des Pfandbriefs gestärkt und etwaige Zweifel des internationalen Kapitalmarkts bzw. der Rating-Agenturen an der Sicherheit dieses Wertpapiers ausgeräumt werden. Das gleiche Bedürfnis besteht jedoch nicht nur für private Hypothekenbanken, sondern ebenso für öffentlich-rechtliche Kreditanstalten. Würde hingegen das ÖPG nicht entsprechend geändert und damit die Gleichwertigkeit zum HBG aufgegeben, besteht die Gefahr, dass Pfandbriefemissionen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten allein deshalb schlechter „geratet“ werden. Dies würde zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute führen.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung

Zu Nummer 1 (Artikel 1 Nr. 1 [§ 21 Abs. 2 Satz 2 InsO])

In den Prüfbitten Nummer 1 bis 5 moniert der Bundesrat eine Privilegierung der Kreditwirtschaft, die „dem im Insolvenzrecht herrschenden Grundsatz der Gleichheit aller Sicherungsgeber fremd“ sei. Da dieser (angebliche) Grundsatz des Insolvenzrechts in der Begründung der Stellungnahme fünfmal erwähnt wird, ist nicht von der Hand zu weisen, dass er Ursache für die in den Prüfbitten anklingenden Zweifel an dem Umsetzungskonzept des Regierungsentwurfs ist. Insofern ist auf den für das Insolvenzrecht fundamentalen Unterschied zwischen persönlichen Forderungen (vgl. § 38 InsO) und dinglichen Rechten hinzuweisen. Nur die persönlichen Forderungen unterfallen der par conditio creditorium, während die dinglichen Rechte vom Insolvenzverfahren kaum betroffen werden. Hat ein Gläubiger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine dingliche Sicherung erlangt, so bleibt diese im Verfahren grundsätzlich unberührt und kann nur über die Insolvenzanfechtung oder die Rückschlagsperre des § 88 InsO dem Gläubiger wieder entzogen werden. Was im Wege privatautonomer Austauschprozesse mit dem Schuldner oder durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vor Eröffnung des Verfahrens erlangt wurde, verliert auch grundsätzlich mit Verfahrenseröffnung nicht seine Wirkung. Insofern kennt das Insolvenzrecht keine formale Gleichbehandlung gesicherter Gläubiger, vielmehr trifft es haftungsrechtlich legitimierte Differenzierungen, so wenn etwa zwischen Aus- und Absonderungsrechten unterschieden wird oder im Wege der Zwangsvollstreckung erworbene Sicherheiten nach § 88 InsO mit Verfahrenseröffnung entwertet werden.

Die Bundesregierung teilt nicht die Einschätzung der Prüfbitte, ein Verweis auf § 81 Abs. 3 Satz 1 InsO wäre für die Umsetzung der Richtlinie ausreichend.

Mit der im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderung von § 21 Abs. 2 InsO wird zunächst sichergestellt, dass die Wirksamkeit der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen aus Verträgen, die in ein Zahlungssystem im Sinne der Richtlinie 98/26/EG (Finalitätsrichtlinie) eingebracht wurden, nicht durch die Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen beeinträchtigt wird. In dem Bericht zur Umsetzung der Richtlinie 98/26/EG in Deutschland weist die Kommission darauf hin, dass die Definition von „Insolvenzverfahren“ weit zu verstehen ist und Deutschland es vor diesem Hintergrund versäumt habe, klarzustellen, dass die Verrechnungen in den genannten Systemen auch nicht durch vorläufige Sicherungsmaßnahmen beeinträchtigt werden dürfen. Diese Klarstellung ist aber nicht nur für die Umsetzung der Richtlinie 98/26/EG erforderlich, sondern wird auch durch die Finanzsicherheitenrichtlinie geboten. Bei einer Streichung der im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderung von § 21 Abs. 2 InsO wäre Artikel 4 Abs. 5 der Finanzsicherheitenrichtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt. Es ist nicht zutreffend, wenn in der Begründung der Prüfbitte des Bundesrates ausgeführt wird, die Definitionen der von der Richtlinie erfassten Verfahren würden vorläufige Sicherungsmaßnahmen nicht abdecken. Vielmehr werden nach Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe k der Richtlinie zu den Sanierungsmaßnahmen gerade alle Maßnahmen gerechnet, die von einem Gericht oder einer Behörde mit dem Ziel erlassen werden, „die finanzielle Lage zu sichern“. Nur ein solches Verständnis wird auch Erwägungsgrund Nr. 5 gerecht, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, Finanzsicherheiten von solchen Vorschriften des Insolvenzrechts auszunehmen, „die der effektiven Verwertung einer Sicherheit im Wege stehen“. Dies entspricht auch den Vorstellungen des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, der den Einsatz und den Schutz von Finanzsicherheiten bei Kreditinstituten als wichtigen Beitrag für die Stabilität der Finanzmärkte nachdrücklich befürwortet, da ihnen eine entlastende Wirkung bei der Eigenkapitalunterlegung von Kreditrisiken zukomme. Der Ausschuss will die risikoreduzierende Wirkung von Finanzsicherheiten bankaufsichtsrechtlich jedoch nur anerkennen, wenn eine zeitnahe Verwertung sichergestellt ist. Diese Vorstellung klingt auch in Erwägungsgrund 12 der Finanzsicherheitenrichtlinie an.

Die in der Prüfbitte angesprochene Alternative, lediglich auf § 81 Abs. 3 Satz 1 InsO zu verweisen, wäre nicht weiterführend, da durch eine solche Verweisung nicht geklärt werden könnte, ob die Bestellung einer Finanzsicherheit oder die Verrechnung in einem System, die nach Erlass eines Verfügungsverbots erfolgt ist, wirksam wäre. Da solche Sicherungsmaßnahmen zum Teil drei Monate vor Verfahrenseröffnung erlassen werden, wäre ein solcher Schwebezustand weder für die genannten Systeme tragbar noch mit dem Zweck einer Finanzsicherheit vereinbar. Vielmehr muss auf diesen speziellen Märkten häufig in wenigen Stunden Klarheit bestehen, ob eine Verrechnung wirksam ist oder eine Sicherheit belastbar bestellt wurde. Nur eine ausdrückliche Freistellung von den Wirkungen vorläufiger Sicherungsmaßnahmen wird deshalb der Zielrichtung der einschlägigen Richtlinien gerecht.

Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nr. 3 [§ 96 Abs. 2 InsO])

Die Bundesregierung teilt nicht die in der Begründung der Prüfbitte geäußerte Auffassung, eine Änderung von § 96 Abs. 2 InsO werde durch die Finanzsicherheitenrichtlinie nicht gefordert. Im Gegenteil wird eine solche Anpassung von § 96 Abs. 2 InsO durch Artikel 5 Abs. 5, Artikel 6 Abs. 2 und Artikel 7 Finanzsicherheitenrichtlinie geboten. Fasst man die wesentliche Aussage der genannten Vorschriften der Richtlinie zu einem Grundsatz zusammen, so gebietet dieser, Nettingtransaktionen, d. h. Verrechnungen im Zusammenhang mit Finanzsicherheiten, trotz zwischenzeitlicher Sanierungs- und Liquidationsmaßnahmen vereinbarungsgemäß wirksam werden zu lassen. Dies kann etwa dadurch erfolgen, dass die Aufrechnungslage aufgrund einer Weiterverwendung des Pfandpapiers nach Artikel 5 oder aufgrund einer Vollübereignung gegen Kredit oder Kaufpreis nach Artikel 6 oder im Wege einer sonstigen Nettingvereinbarung realisiert wird. Zur Umsetzung der Richtlinie

ist es deshalb geboten, die Aufrechnungshindernisse der §§ 95, 96 InsO, soweit sie auf Nettingvereinbarungen Anwendung finden oder zumindest von Teilen der Literatur für anwendbar gehalten werden, für Finanzsicherheiten einzuschränken. Angesichts der eminenten Bedeutung des Netting wäre nach Auffassung der Bundesregierung eine solche Änderung von § 96 Abs. 2 InsO selbst dann angezeigt, wenn sie lediglich zur Klarstellung erfolgen würde. Eine insofern unzureichende Umsetzung hätte bei internationalen Transaktionen die unerfreuliche Konsequenz, dass der deutsche Geschäftspartner als mit einem rechtlichen Risiko belastet gilt und mit Abschlägen wegen höherer Eigenkapitalkosten für die Gegenseite rechnen müsste. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschließen, dass bei einer nicht vollständigen Umsetzung der Richtlinie Bestrebungen gefördert werden, künftig bei diesen Transaktionen das deutsche Recht zu meiden.

Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nr. 5 [§ 130 Abs. 1 Satz 2 InsO])

Die Bundesregierung teilt nicht die Auffassung der Begründung der Prüfbitte, die Änderung von § 130 InsO werde von der Richtlinie nicht gefordert. Artikel 8 Finanzsicherheitenrichtlinie bestimmt, dass eine Nachbesicherung bei Finanzsicherheiten anfechtungsfest ist, wenn der Grund der Nachbesicherung darin liegt, dass der Marktpreis der Papiere gefallen oder die gesicherte Forderung – etwa wegen der Zinsen – angewachsen ist, so dass eine ungedeckte Marge vorliegt, die nach der Sicherungsvereinbarung durch weitere Sicherheiten abzudecken ist. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass – etwa wegen mangelnder Bestimmtheit – die Verstärkung der Sicherheit als inkongruente Deckung gewertet wird. Insofern enthält die Änderung von § 130 Abs. 1 InsO bereits die Klarstellung, dass eine bankenübliche Margensicherheit keine inkongruente Deckung darstellt. Durch die im Regierungsentwurf vorgesehene Änderung wird zudem die für ausländische Geschäftspartner schwer kalkulierbare Vorschrift des § 130 Abs. 2 InsO entschärft, nach der die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf einen Eröffnungsantrag schließen lassen, der Kenntnis des Antrags selbst gleichsteht.

Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nr. 7 [§ 166 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 InsO])

Nach Auffassung der Bundesregierung wird die im Regierungsentwurf vorgesehene Änderung von § 166 InsO durch die Richtlinie vorgegeben. Artikel 4 der Richtlinie, wie er im Lichte von Erwägungsgrund 17 auszulegen ist, soll gewährleisten, dass die Sicherheit ohne Einschränkungen durch Sanierungs- oder Liquidationsmaßnahmen verwertet werden kann. Hierdurch soll ein rasches und unbürokratisches Verwertungsverfahren realisiert werden, um die finanzielle Stabilität zu sichern und Dominoeffekte im Falle einer Vertragsverletzung zu begrenzen. Allerdings wird die vorgeschlagene Änderung von § 166 InsO in der Praxis nur wenige Anwendungsfälle haben, da besitzlose Sicherheiten im Wertpapierverkehr die Ausnahme sind und meistens der Weg über eine Verpfändung oder eine Übereignung und Lieferung der Wertpapiere gewählt wird. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass Sicherungskonstellationen auftreten, die von § 166 InsO erfasst werden und die richtlinienkonform nur durch eine Änderung der genannten Norm abgewickelt werden können.

Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nr. 8 [§ 223 Abs. 1 Satz 2 InsO])

Nach Auffassung der Bundesregierung gebietet die Finanzsicherheitenrichtlinie die Sicherheiten auch vor Einschränkungen im Insolvenzplanverfahren freizustellen. Der in der Begründung der Prüfbitte angesprochene Minderheitenschutz des § 251 InsO genügt insofern nicht den Vorgaben der Richtlinie.

Zu Nummer 6 (Artikel 1 [Änderung der Insolvenzordnung]),
(Artikel 3 [Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs])

Zu Buchstabe a

Nach Artikel 5 der Richtlinie ist sicherzustellen, dass der Sicherungsnehmer, soweit dies vertraglich vereinbart ist, schon vor dem Sicherungsfall über die Finanzsicherheit verfügen kann. Insoweit besteht im deutschen Recht kein Umsetzungsbedarf, weil dies schon jetzt geltendes Recht ist. Dies zeigen einerseits die Vollrechtsübertragung durch Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung und andererseits das so genannte irreguläre Pfand, bei dem die Parteien schon bei Vertragsschluss eine Aneignung oder Veräußerung des Pfandes durch den Gläubiger vereinbaren können und bei dem lediglich eine Sache gleicher Art zurückzugeben ist. Angesichts dieser eindeutigen Rechtslage sind Unklarheiten für ausländische Investoren oder Einschätzungsschwierigkeiten von Ratingagenturen nicht ersichtlich. Es macht im Übrigen keinen Unterschied, ob diesen ein gesetzlich geregeltes oder ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut erläutert wird.

Zu der Ausweitung des Schutzes von Aufrechnungslagen ist lediglich anzumerken, dass nach der Grundkonzeption des Gesetzentwurfs Vorschriften des Insolvenzrechts nur geändert werden sollen, soweit dies für die Umsetzung der Richtlinie erforderlich ist. Um die Umsetzungsfrist möglichst einzuhalten, sollte nach Auffassung der Bundesregierung an dieser Grundausrichtung festgehalten werden.

Zu Buchstabe b

Nach geltendem Recht kann das Pfandrecht – wie auch das Hypothekenrecht – nicht als selbstständiges Recht übertragen werden. Es kann als solches nicht Gegenstand gesonderter Verfügungen sein. Das Pfandrecht geht vielmehr mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger über (§ 1250 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies ist Folge des im Pfandrecht wie im Hypothekenrecht und für die Bürgschaft geltenden Grundsatzes der Akzessorietät: Das Pfandrecht ist in seiner Entstehung (§ 1204 Abs. 1 BGB), in seinem Fortbestand und in der Zuständigkeit des Berechtigten (§ 1250 BGB) sowie im Untergang (§ 1252 BGB) von der Entstehung, Existenz und Zuständigkeit der Forderung abhängig. Auch der Umfang der Pfandhaftung (§ 1210 BGB) und dessen Durchsetzbarkeit (§§ 1211, 1254 BGB) bestimmen sich nach der zugrunde liegenden Forderung. Inhaltlich weithin übereinstimmende Regelungen enthalten die Vorschriften zum Hypothekenrecht und zur Bürgschaft.

Die Akzessorietät gewährleistet damit, dass der Gläubiger (Pfandnehmer) die ihm geschuldete Leistung nur einmal erhält und dass sich Art und Umfang dieser Leistung nach der Forderung bestimmen. Dies entspricht dem Zweck des Pfandrechts: Es soll eine Forderung des Gläubigers gegen

den Schuldner sichern, nicht aber – und dies wäre Folge der Empfehlungen des Bundesrates – die Kreditgrundlage des Gläubigers zu Lasten des Schuldners verbreitern. Wenn die Akzessorietät im Pfandrecht aufgegeben würde, könnte der Gläubiger – etwa eine Bank – die Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens und das zur Sicherung dieser Forderung vom Schuldner gegebene Pfand an zwei unterschiedliche Personen übertragen. Der Schuldner liefe Gefahr, bei Rückzahlung des Darlehens an den Inhaber der abgetretenen Forderung das von der Bank an einen Dritten weiter gegebene Pfand nicht zurückzuerhalten.

Auch mit Blick auf die Beleihung von Grundstücken, bei denen es in Form der Grundschuld ein verselbstständigtes Pfand- bzw. Zugriffsrecht gibt, besteht kein anzuerkennendes Bedürfnis für eine isolierte Sachhaftung. Sachen und Rechte sind nämlich im Vergleich zu Grundstücken, bei denen eine Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, besonders verkehrsfähig. Für die Verpfändung von Sachen reichen Einigung und Übergabe aus (vgl. § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB), bei der Verpfändung von Rechten genügt grundsätzlich die Einigung (vgl. § 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dass dann das Pfandrecht der Forderung folgt, ist ein interessengerechter rechtstechnischer Ausdruck des wirtschaftlichen Verhältnisses von Forderung und Pfandrecht.

Schließlich könnte die bei einem besitzlosen Pfandrecht zulässige Übertragung von Pfand und Forderung an unterschiedliche Personen zu Missverständnissen oder Täuschungen nachfolgender Kreditgeber über die wahren Vermögensverhältnisse des Schuldners führen, auch die einer Bank im Fall von Refinanzierungen. Für einen Dritten wäre nämlich nicht ohne weiteres ersichtlich, dass Pfandgegenstand und Forderung wirtschaftlich eine Einheit bilden und dass es sich bei ihnen nicht um selbstständige Vermögenswerte handelt. Hinzu kommt, dass bei einer isolierten Abtretung der Forderung der Gläubiger (Zessionar) nicht wirksam gegen eine vertragswidrige Übertragung des Pfandes durch den Schuldner (Zedenten) an einen Dritten geschützt werden kann.

Nach allem lässt die Empfehlung keinen überzeugenden Grund für eine Änderung der Akzessorietät erkennen. Der nicht näher konkretisierte Hinweis auf einen Wettbewerbsvorteil des Kreditgewerbes und eine Marktführerschaft reicht angesichts der aufgezeigten Nachteile aus Sicht der Bundesregierung nicht aus.

Zu Buchstabe c

Für eine Einbeziehung der Privatkunden einer Bank in den Regelungsbereich des vorgesehenen § 1259 BGB-E besteht kein Anlass, weil der Gesetzentwurf der Umsetzung der Richtlinie über Finanzsicherheiten dient und die Richtlinie diesen Personenkreis bewusst ausnimmt. Außerdem haben sich die für Privatkunden geltenden Schutzvorschriften des Pfandrechts seit langem bewährt, so dass es auch deshalb keinen Grund für gesetzgeberische Maßnahmen gibt, insbesondere nicht für eine Änderung der Schutzvorschriften über die Unzulässigkeit einer Verfallvereinbarung vor Eintritt der Pfandreife (§ 1229 BGB), über die Verwertung durch öffentliche Versteigerung (§ 1235 BGB) und über das Verbot des Zuschlags von Gold- und Silbersachen unter ihrem Sachwert (§ 1240 BGB).

Im Übrigen dürfte die Ansicht, dass die Verwertung eines Pfandes von Privatkunden mit Börsen oder Marktpreis nicht (mehr) möglich sei, weil es den Begriff des Kursmaklers im Börsengesetz nicht mehr gibt, auf einem Missverständnis beruhen. Die Neufassung des Börsengesetzes (BörsG) durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2009) hat an den Vorschriften der § 1235 Abs. 2, § 1221 BGB zur Verwertung eines Pfandes mit Börsen- oder Marktpreis nichts geändert, so dass es insoweit auch keiner Anpassung bedarf. Der Gläubiger eines solchen Pfandes ist nach diesen Vorschriften befugt, den Verkauf aus freier Hand unter anderem durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmakler (vgl. § 93 HGB) zu bewirken. Für Börsengeschäfte war diesem früher der Kursmakler gemäß § 34 BörsG (alt) ausdrücklich gleichgestellt. An dessen Stelle ist durch das oben genannte Gesetz – soweit es für die Pfandverwertung von Bedeutung ist – der Skontroführer getreten, der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut ist und der – wie früher der Kursmakler – den Abschluss von Börsengeschäften zu betreiben hat (§ 27 Abs. 1 Satz 1 BörsG) und sich insoweit nicht von diesem unterscheidet. Gleichwohl wird die Bundesregierung prüfen, ob die gegenwärtigen Vorschriften des Börsengesetzes über den Skontroführer insoweit Anlass zu Rechtsunsicherheiten geben könnten und ob eine ausdrückliche Gleichstellung im Börsengesetz wie in § 34 BörsG alt zu gegebener Zeit angezeigt sein könnte.

Zu Nummer 7 (Artikel 1 [Änderung der Insolvenzordnung]),
(Artikel 5 [Änderung des Kreditwesengesetzes])

Eines der wesentlichen Anliegen der Insolvenzrechtsreform war es, im Interesse einer Stärkung der Gläubigergleichbehandlung die allgemeinen Konkursvorrechte abzuschaffen. Dem lag die Überzeugung zugrunde, dass sich die Einstufung der Insolvenzgläubiger in einzelne mehr oder weniger bevorzugte Gläubigerklassen nicht begründen lässt, so dass jeder Vorrechtskatalog letztlich willkürlich wäre. Selbst sozial besonders schutzwürdige Gläubiger, wie etwa Unterhaltsgläubiger, genießen deshalb kein Vorrecht für ihre Forderungen. Ebenso wurde auch den Arbeitnehmern das Konkursvorrecht für rückständige Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis genommen. Die Einführung eines Vorrechts lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass die Gläubiger einen Vorrang genießen sollen, denen der rechtsgeschäftliche Erwerb einer Sicherheit unmöglich ist. Denn auch eine solche Gruppenbildung wäre willkürlich und würde andere, möglicherweise deutlich schützwürdigere Gläubiger benachteiligen. Mit der Einführung auch nur eines allgemeinen Vorrechts würde der gesamte in der Insolvenzrechtsreform geführte heftige Streit über die Vorrechte wieder aufflammen, so dass mit der gleichen Berechtigung auch die Arbeitnehmer, die Sozialkassen und andere schützwürdige Gläubiger die Einräumung einer Vorzugsstellung verlangen könnten.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass durch die im Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen nicht eine Gruppe von Insolvenzgläubigern gegenüber dem Fiskus bevorzugt wird, sondern der Entwurf lediglich Sonderregelungen für gesicherte Gläubiger über die Bestellung und Verwertung von Sicherheiten vorsieht. Insofern können die

Forderungen des Fiskus nicht mit denen der gesicherten Gläubiger verglichen werden, da Letztere im Hinblick auf ihr Absonderungsrecht nur sehr bedingt am Insolvenzverfahren beteiligt sind. Eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung des Fiskus insbesondere zu anderen ungesicherten Gläubigern ergibt sich somit nicht aus den Bestimmungen des Regierungsentwurfs.

Die Bundesregierung sieht jedoch wie der Bundesrat die durch Insolvenzverfahren verursachten Steuerausfälle des Fiskus und sagt deshalb zu, außerhalb dieses Gesetzgebungsverfahrens nach Wegen zu suchen, diese Steuerausfälle zu reduzieren.

Zu den Nummer 8 und 9 (Artikel 5 Nr. 1 [§ 1 Abs. 17 KWG])

Die Bundesregierung sieht keine Notwendigkeit, den § 1 Abs. 17 KWG in der Fassung des Regierungsentwurfs zu ändern.

Dies gilt zunächst für die Frage, ob von der in Artikel 1 Abs. 3 Finanzsicherheitenrichtlinie eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll, Geschäfte mit nicht dem Finanzsektor zugehörigen Unternehmen aus dem Anwendungsbereich der Umsetzungsvorschriften auszunehmen.

Nach Auffassung der Bundesregierung ist die Begründung des Änderungsvorschlags, durch den Regierungsentwurf werde der Bestand des Gleichheitsgrundsatzes in seinem Kern in Frage gestellt, überzeichnet. Dies mag unter Umständen darauf zurückzuführen sein, dass auch in der Fachöffentlichkeit gewisse Fehlvorstellungen über den Anwendungsbereich der Richtlinie existieren. Von der Richtlinie und damit von den Umsetzungsvorschriften werden nur Finanzsicherheiten, also insbesondere Wertpapiere und Barsicherheiten, erfasst. Sonstige mobile und immobile Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens, also etwa Maschinen, Rohmaterialien, Warenlager oder Forderungen werden nicht betroffen. Die genannten Finanzsicherheiten werden überwiegend nur bei ganz bestimmten Transaktionen, wie etwa bei Wertpapierdarlehens- oder Wertpapierpensionsgeschäften, eingesetzt, Geschäfte also, an denen der Großteil der Unternehmen gerade nicht beteiligt ist. Die besondere Fungibilität der Gegenstände, an denen Finanzsicherheiten bestellt werden können, bedingt auch, dass sie regelmäßig Unternehmen, die sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, nicht zur Verfügung stehen. Wertpapiere und Barsicherheiten werden nach aller Erfahrung von einem in der Krise befindlichen Unternehmen zuerst zur Schaffung neuer Liquidität verwertet. Bereits daraus ergibt sich, dass in der ganz überwiegenden Zahl der Insolvenzen die genannten Sicherheiten keine Rolle spielen dürften.

Selbst wenn Finanzsicherheiten von einem später insolventen Unternehmen gestellt worden sein sollten, wird die verfahrensmäßige Behandlung dieser Sicherheiten in der Insolvenz durch die Vorschriften des Regierungsentwurfs nur geringfügig modifiziert. Dies gilt insbesondere für die Vorschriften, die die abgesonderte Befriedigung der gesicherten Gläubiger regeln. Die Einschränkungen des Absonderungsrechts für gesicherte Gläubiger, wie sie die Insolvenzordnung de lege lata vorsieht, gelten nach überwiegender Auffassung nur für bewegliche Sachen, die sich im unmittelbaren Besitz des Schuldners befinden. Wesentlicher Gedanke für die Einbeziehung dieser Mobiliarsicherungsgläubiger nach § 166 InsO in das Verfahren ist es, ein Herauslösen der Sicherungsgegenstände aus dem Unternehmensverbund zur Unzeit zu verhindern, um Sanierungschancen nicht zu gefährden. Für Finanzsicherheiten trifft dieser Gedanke allerdings nur sehr einschränkt zu. Denn im Gegensatz zu den genannten fiduziarischen Sicherheiten werden Finanzsicherheiten entweder verpfändet oder im Wege der Vollübereignung bestellt. Die Einschränkungen der Kompetenzen des Insolvenzverwalters, wie sie im Regierungsentwurf vorgesehen sind, kommen also nur bei den Finanzsicherheiten zum Tragen, bei denen ausnahmsweise überhaupt ein Verwertungsrecht des Verwalters gegeben ist.

Wie in der Begründung des Regierungsentwurfs ausgeführt, sind diese leichten Eingriffe in den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung insbesondere im gesamtwirtschaftlichen Interesse legitimiert. Die ganz überwiegende Zahl der anderen Mitgliedstaaten beabsichtigt ebenfalls eine weite Umsetzung der Richtlinie, so dass deutsche Finanzdienstleister, aber auch die um Kredit nachsuchenden Unternehmen bei einem Gebrauchmachen von der Opt-out-Lösung Wettbewerbsnachteile hätten in Kauf nehmen müssen. Zwar ist es zutreffend, wie in der Begründung des Änderungsantrags ausgeführt, dass deutsche Mittelständler sich kaum an ausländische Kreditinstitute gewandt hätten, doch wäre die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass ganze Geschäftsfelder, die mit bestimmten Großunternehmen abgewickelt werden, auf ausländische Finanzplätze abgewandert wären. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird bereits erläutert, dass auch die Auswirkungen von Basel II gegen ein Gebrauchmachen von der Opt-out-Möglichkeit sprechen. Sind Finanzsicherheiten insolvenzfest, so wirkt sich dies einerseits positiv auf die Stabilität der Finanzmärkte aus und entlastet andererseits die Kreditinstitute, da die mit Finanzsicherheiten abgesicherten Kredite mit weniger Eigenkapital unterlegt werden müssen. Selbst wenn Deutschland nicht dem Finanzsektor zugehörige Unternehmen aus dem Anwendungsbereich ausklammern würde, wäre für inländische Insolvenzverfahren kaum etwas gewonnen, sofern die von der Richtlinie erfassten Transaktionen auf ausländischen Finanzplätzen abgewickelt werden, da die Sicherheiten dann von einem inländischen Insolvenzverfahren nicht berührt würden. Insofern hätte der inländische Finanzplatz Schaden genommen, ohne dass dies für potenzielle Insolvenzgläubiger Vorteile gebracht hätte.

Die Bundesregierung sieht auch keine Notwendigkeit, die vorgeschlagenen redaktionellen Änderungen von § 1 Abs. 17 KWG zu übernehmen. Die Vorschrift wendet sich an einen hochspezialisierten Adressatenkreis, der mit dem Anwendungsbereich der Finanzsicherheitenrichtlinie vertraut ist. Insofern ist es nicht geboten, § 1 Abs. 17 KWG mit den umfänglichen Definitionen der Finanzsicherheitenrichtlinie zu belasten.

Zu Nummer 10 (Änderung des Gesetzes über die Pfandbriefe und verwandte Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten)

Die Bundesregierung steht der Forderung des Bundesrates, die im Hypothekenbankgesetz (HBG) vorgesehenen Insolvenzregeln in das Gesetz über die Pfandbriefe und verwand-

ten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten (ÖPG) zu übernehmen und einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen, aufgeschlossen gegenüber, insbesondere vor dem Hintergrund der Abschaffung der Gewährträgerhaftung und Modifizierung der Anstaltslast im Juli 2005.

Im Hinblick auf die in den Regelungen vorgesehene bedeutende Rolle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Insolvenzfall wäre es aus Sicht der Bundesregierung angemessen, in einem entsprechenden Gesetzentwurf vorzusehen, dass die Befugnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Aufsicht über das Pfandbriefgeschäft öffentlich-rechtlicher Emittenten ausdrücklich im ÖPG klar gestellt wird.

Im Fall der Übernahme der insolvenzrechtlichen Regelungen des HBG in das ÖPG erscheint es aus rechtssystematischer Sicht angezeigt, diese Regelungen auch im Schiffsbankgesetz vorzusehen.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333